

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**DELIBERAÇÃO E TRANSPARÊNCIA – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
TEMPOS DE TRANSMISSÃO AO VIVO**

STELLA DE SOUZA RIBEIRO DE ARAUJO

Rio de Janeiro

2017/1

STELLA DE SOUZA RIBEIRO DE ARAUJO

**DELIBERAÇÃO E TRANSPARÊNCIA – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
EM TEMPOS DE TRANSMISSÃO AO VIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto P. N. Bolonha.

Rio de Janeiro

2017/1

CIP - Catalogação na Publicação

A 658d Araujo, Stella de Souza Ribeiro de
Deliberação e Transparência: O Supremo Tribunal
Federal em tempos de transmissão ao vivo / Stella
de Souza Ribeiro de Araujo. -- Rio de Janeiro, 2017.
76 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves
Bolonha.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Deliberação. 2. Transparência. 3.
Constitucionalismo Precaucionário. 4.
Constitucionalismo Otimizador. I. Bolonha, Carlos
Alberto Pereira das Neves, orient. II. Título.

CDD 341.4191

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

STELLA DE SOUZA RIBEIRO DE ARAUJO

**DELIBERAÇÃO E TRANSPARÊNCIA – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
EM TEMPOS DE TRANSMISSÃO AO VIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto P. N. Bolonha.

Data de Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RESUMO

ARAUJO. S. R. A. Deliberação e Transparência – O Supremo Tribunal Federal em Tempos de Transmissão ao Vivo. 2017. f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2017.

O debate sobre a influência da transparência na deliberação no âmbito do Supremo Tribunal Federal surge com mais força com a “TV Justiça”, embora seu campo de influência atinja outros veículos de informação instantânea. Contudo, tanto posições a favor quanto contra a publicidade parecem não atentar para todos os lados da discussão e a situação de incerteza atinente ao comportamento da Corte. Diante disso, objetiva-se com base no Constitucionalismo Otimizador, apontar que o melhor modelo seria aquele que observasse todos os riscos relevantes a fim de ter uma visão mais abrangente das questões de deliberação e transparência no Supremo. Isso porque, embora a transparência possua uma função didática e legitimadora, a deliberação também exerce esses papéis e merece resguardo, apontando-se como uma possível solução um tipo de transparência seletiva, devendo para tanto haver uma análise que envolva custos e benefícios dos riscos existentes. O principal motivo para isso subjaz na opção por um Supremo colegiado, que visava prevenir personalismos e favorecer a decisão construída de forma plural e democrática por meio do diálogo.

Palavras-chave: Desenhos Institucionais; Deliberação; Transparência; Constitucionalismo Otimizador; Constitucionalismo Precaucionário.

ABSTRACT

ARAÚJO, S. R. A. Deliberation and Transparency – The Brazilian Supreme Court in Live Streaming Times . pp. Monograph (Bachelor of Law) - UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2017.

The debate about the influence of transparency in deliberation within the scope of the Brazilian Supreme Court arises more strongly with the "TV Justiça", although its field of influence reaches other vehicles of instant information. However, both views for and transparency do not appear to address all sides of the discussion and the situation of uncertainty in the behavior of the Court. Given this, the objective is, based on the Optimizing Constitutionalism, to point out that the best model would be one that would observe all relevant risks in order to have a more comprehensive view of the issues of deliberation and transparency in the Brazilian Supreme Court. This is because, although transparency has a didactic and legitimate function, the deliberation also plays this role and deserves shelter, pointing out as a solution a type of selective transparency, for which there should be an analysis that involves the costs and benefits of existing risks. The main reason for this lies in the option of a collegiate Supreme Court, Which aimed to prevent personalities and favor the decision built in a plural and democratic way through dialogue.

Key-Words: Institutional Design; Deliberation; Transparency; Optimizing Constitutionalism; Precautionary Constitutionalism.

.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. DELIBERAÇÃO E TRANSPARÊNCIA – DESENHOS INSTITUCIONAIS DE PEQUENA ESCALA	12
1.1 Deliberação	17
1.1.1 Os Votos Divergentes em Colegiados.....	21
1.1.2 Modelos de Democracia Deliberativa	24
1.1.3 Como Cortes Decidem – Colegialidade vs. Adversariedade.....	27
1.2 Transparência	29
1.2.1. Transparência Seletiva como mecanismo democrático de pequena escala	33
2. A INTERAÇÃO ENTRE RISCOS E VALORES DEMOCRÁTICOS	38
2.1 Definindo Riscos.....	41
2.2. O Constitucionalismo Precaucionário	42
2.3 O Constitucionalismo Otimizador	45
2.3.1 Críticas ao Princípio Precaucionário	47
2.3.2 A Posição Madura.....	49
3. PRÁTICAS DECISÓRIAS, ASPECTOS ORGANIZACIONAIS E PROCEDIMENTAIS DO STF	52
3.1 Práticas Decisórias no STF	53
3.1.1 Um Breve Estudo de Casos	59
3.2 Mecanismos de Transparência no Supremo Tribunal	61
4 UM ESTUDO CRÍTICO OTIMIZADOR.....	64
4.1 A Lei Ordinária n. 10.461/2002	65
4.2 Críticas Doutrinárias	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

A temática abordada neste trabalho versa sobre a Teoria Institucional e constitucional, mais especificamente no que se refere a mecanismos democráticos de pequena escala e o Constitucionalismo Otimizador, com base na obra de Adrian Vermeule, respectivamente, *Constitution of Risk* e *Mechanisms of Decomocracy*. Assim, são utilizados como instrumento de análise a deliberação e a transparência no âmbito de desenhos institucionais em pequena escala propostos pelo autor a fim de observar a influência da transparência na deliberação no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tal debate surge com mais força com a “TV Justiça”, mas seu campo de influência se espalha por outros veículos de informação instantânea como rádio, sítio eletrônico do STF, o canal do STF no *Twitter* e no *YouTube*. Dessa forma, o constitucionalismo otimizador seria uma forma de observar todos os riscos relevantes a fim de ter a visão mais clara possível dos problemas que se busca solucionar, sendo este uma opção à visão precaucionária, em geral baseada em uma concepção unilateral na medida em que se restringe a uma posição apriorística, pretendendo uma aplicação geral e abstrata, incapaz de enxergar todos os riscos do caso concreto, buscando evitar seus riscos alvo a qualquer custo.

A metodologia se limitará aos reflexos deste tema a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 até 2016, considerando exclusivamente decisões proferidas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal. Ademais, em um critério específico de conteúdo, será analisada a produção científica sobre o tema abordado, além de trabalhos estatísticos sobre o assunto, todos com enfoque na questão da TV Justiça e sua influência no Supremo, com posterior análise crítica do material coletado. Não obstante, a pesquisa se limita aos reflexos institucionais da questão e, portanto não pretende adentrar nos aspectos políticos que o tema possa ensejar.

Sendo assim, a partir de mecanismos institucionais com a finalidade de atender aos

valores democráticos e utilizando o método hipotético-dedutivo, visa-se construir uma possível resposta para o problema aqui enfrentado. Este diz respeito a indagação de se a transparência absoluta dos atos decisórios do STF, trazida de forma tão abrangente pela criação da TV Justiça em 2002, pode afetar o comportamento dos ministros da Suprema Corte quanto à deliberação empreendida no âmbito do plenário.

Ademais, busca-se responder se as atuais decisões não são baseadas na verdade em uma visão precaucionária do tema, tanto na abordagem do legislador, quanto de outros autores que também se debruçaram sobre o assunto, o que poderia ter como resultado consequências não previstas por estes, quais sejam, o alto grau de individualismo, o latente deficit deliberativo na Corte, e o abuso de poder.

Isso porque em geral as respostas oferecidas para este problema são unilaterais, apresentando uma certa obsessão por uma vantagem ou desvantagem dos modelos apresentados, sendo estas características do modelo precaucionário de constitucionalismo. Enquanto os que favorecem a transparência temem o abuso de poder ou acreditam na função social da TV Justiça, os que militam pela Deliberação muitas vezes deixam de lado os riscos ou vantagens que a transparência oferece, o que aqui se busca é uma visão mais realista do problema.

Dessa forma, a cobertura extensiva das sessões do Supremo como meio de maximização da transparência, pode ser um fator de impedimento para a existência de real deliberação entre os integrantes do Tribunal, devendo ocorrer uma análise que envolva custos e benefícios que este caso extremo de transparência possa acarretar. Isto porque a opção por um Supremo colegiado visa prevenir personalismos e favorecer a decisão construída de forma democrática por vários participantes por meio do diálogo.

A publicidade extensiva das sessões do STF embora crie quantitativamente uma transparência presumivelmente desejável nos moldes democráticos tradicionais, substantivamente pode interferir na conduta dos ministros, não favorecendo a deliberação do colegiado e beneficiando extensas leituras de votos individuais que propiciam a existência de personalismos na Corte. A prática de não divulgar os votos antecipadamente é

um comportamento contrário à deliberação. Permitir que visões plurais sejam expostas nas sessões poderia ser benéfico ao processo decisório, mas isso pode ser evitado para minimizar os riscos de exposição pessoal pelos ministros perante a população. Por consequência, essa medida também arrisca minimizar valores democráticos em troca de imagem e da estima individual.

Sendo assim, o presente trabalho propõe-se de forma geral a verificar o papel das sessões televisionadas do STF, no processo decisório do Tribunal pela análise de comportamento em um período demarcado pelo critério temporal da presente pesquisa. De forma específica, visa (i) definir o que é deliberação e transparência; (ii) identificar como esses valores podem ser maximizados ou minimizados conforme o desenho institucional utilizado; (iii) analisar a produção acadêmica sobre o assunto e (iv) delimitar o “comportamento da corte” analisando seus custos e benefícios com relação à deliberação e à transparência, ressaltando principalmente seus efeitos colaterais e a existência de *tradeoffs*.

A pesquisa aqui exposta justifica-se pelo fato de que, embora o STF seja uma instituição notadamente importante para a conformação do Estado Democrático brasileiro, o conhecimento sobre como se dá seu processo decisório ainda é escasso. Isto ao menos com relação ao patamar em que se encontra a atuação da instituição que ganhou maior importância nos últimos anos, principalmente após a Constituição Federal de 1988, visto que inclusive pesquisas empíricas nesse sentido remanesçam inconclusivas.

Ainda mais limitado é o estudo para que se possa compreender como se dá a relação entre deliberação e transparência no contexto decisório de transmissão ao vivo, ainda que este tema tenha forte influência na própria legitimidade da instituição enquanto “guardião da constituição”. Tal debate surge, principalmente, com a aprovação do Projeto de Lei 6.059/2000, posterior Lei Ordinária 10.461/2002, que acrescentou alínea ao inciso I do art. 23 da Lei n.º 8.977/95, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo.

A discussão de temas polêmicos nos últimos anos como a união homoafetiva, pesquisa com células-tronco, aborto de feto anencéfalo, cotas raciais no ensino superior,

são exemplos das temáticas discutidas no âmbito da Corte e que abrangem questões complexas que não são apenas jurídicas, mas políticas, econômicas e sociais, que, por conseguinte apresentam a necessidade de um desenho institucional bem estruturado que garanta a legitimidade das decisões proferidas. A compreensão do referido processo poderá contribuir para a identificação de um grau desejável de publicidade que funcione como um mecanismo democrático a favor da deliberação e da legitimidade da Corte, sem obstar as vantagens da transparência.

Sendo assim, o primeiro capítulo deste trabalho se dedicará a situar a discussão no âmbito de mecanismos democráticos de pequena escala, que buscam complementar os de larga escala, tendo em vista que aqueles tendem a ser menos custosos e possuem maior facilidade de aprovação no processo político. Os dois valores a serem discutidos serão a deliberação e a transparência na construção de desenhos institucionais, a fim de se fazer uma contextualização antes de discutir o comportamento institucional do STF e buscar adotar uma “posição madura” que leve em consideração todos os riscos relevantes da questão.

No segundo capítulo será tratada a interação entre esses valores, indicando como certos desenhos institucionais podem maximizá-los, ou minimizá-los. Para isto, são opostas duas teorias, o constitucionalismo precaucionário e o constitucionalismo otimizador, a fim de indicar a “posição madura” defendida por Vermeule, que prioriza a otimização em detrimento da precaução cega e unilateral, como a mais completa e indicada para esta análise.

O terceiro capítulo delimita o objeto desta pesquisa, qual seja, as práticas decisórias e aspectos organizacionais e procedimentais do STF. Será, portanto, demarcado o “comportamento do tribunal” enquanto Corte Constitucional e um modelo particular brasileiro, além de uma breve análise sobre o surgimento da TV Justiça e de alguns casos exemplificativos. Este capítulo será de suma importância para que posteriormente seja realizada uma análise de custo-benefício do desenho atual em relação à deliberação e à transparência, ressaltando os possíveis riscos e *tradeoffs* no âmbito do Supremo.

Isso será realizado no âmbito do quarto capítulo, em que, além disso, será observado como os mecanismos de transparência na Corte podem ter sido estabelecidos com base em uma visão precaucionária, apontando que embora o risco alvo a ser combatido pela transparência seria a falta de *accountability* dos agentes, esse desenho arrisca a existência de deliberação, que é um valor democrático também altamente desejável.

Posteriormente, será sustentado que a fundamentação em que se baseia essa hipótese diz respeito a um dos quatro argumentos de Vermeule que militam contra a posição encampada pelo constitucionalismo precaucionário, qual seja, o argumento de ameaça (*jeopardy*). Como se verá, a defesa de um desses valores não exclui o outro, notando-se uma tendência unilateral e abstrata típica da argumentação do constitucionalismo precaucionário.

1. DELIBERAÇÃO E TRANSPARÊNCIA – DESENHOS INSTITUCIONAIS DE PEQUENA ESCALA

Os mecanismos aqui expostos são um conjunto de instrumentos e inovações institucionais de pequena escala que promovem valores democráticos em oposição ao padrão de estudo voltado para instituições de larga escala como a República, o Federalismo ou a própria Separação de Poderes. Isso não significa substituir esse padrão, mas complementá-lo de forma a otimizá-lo¹.

A principal razão para focar nesse tipo de mecanismo, reside na ideia de que a democracia é inerentemente um instrumento de regulação de conflitos políticos marginais² e, sendo assim, se adaptaria melhor a ferramentas que busquem otimizar a estrutura já existente e não a uma reformulação geral do quadro assentado, que seria muito mais dispendiosa, não só economicamente, como também politicamente.

Nessa perspectiva, tem-se a transparência e a deliberação como dois dos valores democráticos constitucionais propostos por Vermeule no livro *Mechanisms of Democracy*³.

¹VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p. 04.

²HARDIN, Russel, apud ibidem, p. 02.

³VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY:

Ao iniciar uma discussão sobre o tema, em um primeiro momento seria possível afirmar que o sigilo governamental, de forma presumível, teria efeitos danosos a uma democracia que se pretende saudável e, assim, a *contrario sensu*, pareceria razoável dizer que transparência é um valor desejável nos maiores graus possíveis.

Inclusive, talvez pareça estranho afirmar que em meio a tempos de incerteza e desconfiança devido aos três anos da Operação Lava Jato⁴, a maior operação sobre corrupção já conduzida no Brasil, a resposta para o aprimoramento ou eficiência de alguma instituição esteja em mitigar sua transparência. A própria tendência tecnológica da atualidade sugere que cada vez mais estamos sujeitos ao monitoramento, seja por redes sociais ou câmeras de segurança, hoje a regra é a da constante vigilância.

Contudo, há que se levar em consideração que em algumas situações haveria boas razões democráticas para subjugar essa presunção, em destaque aqui os possíveis efeitos no campo de tomada de decisões. Isso porque, de forma geral, existem vantagens e desvantagens na manutenção de uma maior transparência ou não. Dentre os argumentos que militam pelo sigilo podem estar: inibição de barganhas; evitar a pressão de grupos de interesse; e evitar suspeita e desconfiança entre os agentes em deliberação. Contudo, no outro extremo da discussão também há vantagens, verificando-se que a publicidade pode oferecer: deliberação e participação dos cidadãos; intimidação dos agentes pela exposição; e prevenção contra grupos de interesses específicos que desejem usurpar o poder.

Felipe Fonte aponta argumentos favoráveis e desfavoráveis às câmeras no contexto de tribunais. Dentre os favoráveis, indica a proteção contra a arbitrariedade judicial, a legitimação da função jurisdicional, a educação jurídica do público, e efeitos preventivos a comportamentos nocivos à sociedade. Por outro lado, aponta como argumentos desfavoráveis a transformação da justiça em entretenimento, a proteção da intimidade, e o que aponta como efeitos adversos desconhecidos, que seriam os efeitos que as câmeras

Oxford University Press, 2007

⁴A Operação Lava Jato levou à colaboração do Brasil com 42 países, resultou até o momento em 38 fases, com 198 prisões. São 200 réus na primeira instância, e R\$ 594 (quinhentos e noventa e quatro) milhões de reais repatriados. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/03/operacao-lava-jato-completa-3-anos-se-expandindo-para-outros-paises.html>. Acesso em: 27 de março de 2017

poderiam causar nos participantes de um tribunal no que se refere ao seu comportamento⁵.

Em geral, um panorama semelhante é também sustentado por Adrian Vermeule⁶ como objeto de *tradeoffs*⁷. Assim, é importante frisar, e posteriormente será melhor explicado, que apenas em contextos particulares seria possível estabelecer escolhas desejáveis entre transparência ou opacidade, permitindo que sejam mais eficazes e possibilitando que a necessidade ocasional de sigilo não comprometa princípios de deliberação pública e autogoverno.

Como consequência dessa limitação de análise da aplicação desses princípios ao caso concreto, mesmo esses dois valores de elevada influência democrática – deliberação e transparência – podem demonstrar a existência de consideráveis formas de *tradeoffs*, no sentido de que a transparência pode, em alguns casos, prejudicar a deliberação. Isso porque o olhar da audiência pública pode fazer com que, os agentes “posem para as câmeras” por influência intencional ou não de grupos particulares, ou por preocupação com a posteridade. Isso pode silenciar possíveis dissidentes que hesitam perante o risco público de ter sua imagem associada a posicionamento que não seja popularmente aceito por uma maioria, eliminando a possibilidade de real deliberação e criando um tipo inapropriado de *accountability*⁸.

Esses *tradeoffs* podem ocorrer de forma interna ou externa com relação aos princípios apontados. A forma interna ocorre quando o que se visualiza é a existência de duas espécies de um mesmo valor, nesse caso, podemos observar, por exemplo, uma boa deliberação e uma má deliberação em que certos vícios podem ser o preço inevitável de

⁵FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016, p. 18-35.

⁶VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007.

⁷A ocorrência de um *tradeoff* guarda relação com um cenário em que há o balanceamento de duas situações opostas, portanto, um conflito na escolha de duas ou mais opções convergentes. Este termo é utilizado principalmente em uma ação econômica que visa à resolução de um problema, mas que ao fim, pode gerar outro(s), levando aquele que deve escolher a um impasse gerado pelas opções eivadas de incerteza. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/trade-off>. Acesso em: 27 de março de 2017

⁸VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p. 11. *Accountability*, é um termo em inglês que não possui propriamente uma tradução para a língua portuguesa. Não obstante, se associa a ideia de responsabilidade e prestação de contas. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/accountability>.

estruturas deliberativas que atingem o melhor resultado possível⁹. Por outro lado, a forma externa ocorre quando o conflito gerado se dá em torno de dois valores distintos como, por exemplo, a questão da deliberação quando em choque com a transparência que é o caso que aqui será tratado.

Noutro giro, em atenção ao outro princípio democrático de pequena escala que aqui será discutido – deliberação – podemos identificar como três as possibilidades de práticas decisórias. Sendo assim, o processo decisório é gênero do qual são espécies a barganha, a deliberação e o modelo agregativo de votos para fins de tomada de decisões em um colegiado. Aqui se defende a hipótese de que a deliberação seria o melhor método para que se possa atingir uma resposta em grupo.

Contudo, vale entender o porquê da importância desses valores. Deliberação e transparência, assim como imparcialidade e *accountability* possuem boas e más consequências que variam conforme o desenho adotado. Todos são valores democráticos desejáveis em certo grau, mas que podem sofrer *tradeoffs* internos e externos. Aperfeiçoá-los não significa necessariamente minimizar vícios que lhes são inerentes a zero, mas sim adotar desenhos que sejam factíveis¹⁰.

Isso significa dizer que o ponto “ótimo”¹¹ para a sua aplicação encontra-se em um *continuum*, e dependerá da aplicação em um caso concreto, visto que a partir do momento que podem existir *tradeoffs* não é possível afirmar que o “ótimo” estaria em um dos extremos. Por exemplo, em um desenho institucional em que transparência e deliberação sofrem *tradeoffs* não é possível dizer que o ponto “ótimo” para a aplicação de um ou outro está em suprimir completamente um em detrimento do outro, há uma variedade de opções de desenhos que se encontram nesse *continuum* e que podem ser adotados.

⁹VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p. 12.

¹⁰ Ibidem p. 180.

¹¹ Este tema será melhor tratado no capítulo três deste trabalho. Contudo, a existência de um ponto “ótimo” se relaciona à posição madura de Adrian Vermeule quando prevê um constitucionalismo otimizador, que busca potencializar situações de incerteza por meio de duas etapas, quais sejam, considerar todos os riscos e alternativas relevantes (inclusive ação e omissão) e adotar precauções justificadas em seu custo. VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014.

Entretanto, ainda que se possa afirmar a importância deles em um sistema democrático, a correta e universal dosagem para a utilização desses valores depende do amadurecimento institucional, o que só é possível através da experimentação de desenhos que se adaptem à realidade social que se deseja influenciar. Isso ocorre pelo fato de que reformas institucionais possuem consequências de certa forma imprevisíveis até que tenham sido testadas, em alguns casos, diversas vezes, mesmo quando se tratam de propostas de pequena escala¹².

Ademais, essa construção, como afirma Vermeule, não depende de uma completa concepção sobre democracia constitucional, ou de uma específica teoria democrática que resolva a questão dos *tradeoffs*. Primeiro, porque é possível operar sobre as convergências entre as concepções de democracia rivais, não sendo necessário nesse caso, adotar especificamente uma ou outra teoria quando se trata de condições democráticas básicas, pois há pouca divergência nesses casos. Segundo, porque os mecanismos aqui retratados podem ser encarados como instrumentos de otimização, visto que esses valores democráticos são considerados como sujeitos à agregação conforme o princípio da utilidade marginal¹³. E finalmente, porque o *design* institucional é perfeitamente sensível e condicionado à adoção de uma teoria ou outra de alto nível, pois teóricos democráticos muitas das vezes se movem conforme a adequação ao espaço em concreto que se deseja influenciar¹⁴.

Destarte, caberá aqui buscar compreender primeiramente o papel desses princípios em uma democracia e em que grau a deliberação pode ser obstaculizada pela transparência em uma Corte Suprema em que à primeira vista é igual a qualquer outra que exerça *judicial review*.

¹²VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p.8.

¹³Ibidem, p. 13-16. De acordo com o autor, em casos de conflito entre esses valores democráticos como aqui se pretende observar, podem ocorrer casos mais difíceis de ponderação e aplicação. sendo assim, a partir de uma ideia consequencialista, seria possível observá-los como mercadorias sujeitas a agregação em conformidade com o princípio da utilidade marginal encontrado na economia, visto que nesse âmbito o custo marginal se aplica a fim de dar eficiência aos recursos disponíveis, correspondendo ao acréscimo no custo total na produção de um bem, quando aumentamos a quantidade produzida em uma unidade.

¹⁴ Ibidem. p. 07.

1.1 Deliberação

Deliberação como aqui se defende não se trata de modelo decisório baseado em votos preexistentes agregados, o que seria semelhante a uma votação sem discussão anterior entre seus membros¹⁵. Nesse sentido, não é possível afirmar que o procedimento encampado pelo Supremo Tribunal Federal seja deliberativo, ao menos não nesse sentido, em regra, mesmo que em alguns momentos possam ocorrer episódios isolados em que os ministros se disponham a discutir o tema antes da votação em si. Até porque a existência de deliberação ou não no colegiado depende da demonstração de uma prática reiterada e uniforme, e não pode ser confundida com um comportamento esporádico em julgados específicos, principalmente quando tratamos das ações abstratas levadas ao plenário.

O mais correto seria qualificar a prática decisória do STF como a reunião de votos individuais. Nesse sentido, seria o agrupamento de opiniões individuais sem um debate prévio do tema, a fim de que as percepções sobre as informações coletadas possa ser compartilhada, ou mesmo com o intuito de oferecer aos demais participantes acesso a informações que antes restavam restritas a apenas parte do grupo. Isso não permite o exercício do falseamento das premissas defendidas pelos Ministros de forma conjunta e assim a construção de algo próximo a uma opinião da Corte.

Interessante notar que em geral, Cortes preponderantemente de *Common Law* utilizam o modelo *seriatim* (Câmara dos Lordes Britânica; a Corte Australiana; e inclusive a Suprema Corte dos Estados Unidos há alguns anos, utilizam este modelo). Não obstante, os países de *Civil Law*, tendem a decidir de forma *per curiam*, ou seja, decisões da Corte em que se vislumbra a opinião da instituição (como na Corte da Lituânia; na Italiana e na Alemã em que antigamente não eram permitidas opiniões dissidentes)¹⁶.

Sendo o Brasil um país preponderantemente aderente ao modelo da Civil Law, seria de se esperar que o STF oferecesse suas decisões como uma única opinião *per curiam*, contudo, não é este o caso. No Brasil as decisões são individuais, escritas, publicadas em

¹⁵Ibidem. p. 14.

¹⁶ SILVA, Vírgilo Afonso. **Deciding Without Deliberating**. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

diversos meios e lidas durante a sessão plenária da Corte. O primeiro a ler é o Ministro Relator, seguido dos demais membros por ordem de antiguidade¹⁷. Tanto a forma de decisão como a publicação atendem ao modelo *seriatim*.

Ocorre que, Cortes se diferenciam inclusive de outras instituições de resolução de disputas como arbitragem, júri, e até mesmo juízes que decidem individualmente, visto que Cortes motivam suas razões, e como consequência se tornam responsáveis (*accountable*) e produzem direito¹⁸. Isso porque há diferenças no desenho e na finalidade, além também na forma de tornar essas instituições *accountable*.

Em uma Corte *seriatim*, conforme afirma Lewis Kornhauser, há uma tendência de que os membros do colegiado adotem suas posições como se decidissem sozinhos para que depois as decisões sejam reunidas em uma única decisão. Com isso, percebe-se uma recusa por parte dessas instituições de endossar uma única motivação. Ainda que assim seja, por outro lado, outros operadores do direito buscam atribuir uma regra e uma razão ao conjunto de opiniões individuais do tribunal. Contudo, esta prática torna as motivações da Corte obscuras, e consequentemente, o direito criado por aquela decisão remanesce pouco claro¹⁹.

Isso deriva da multiplicidade de razões expostas pelo grupo e obstaculiza a criação de direito pela Corte, o que pode ser uma estratégia para contê-la. Entretanto, nesse caso, seria possível dizer que não parece haver muita diferença entre o papel exercido por um juiz individual em comparação com o que é membro de um colegiado²⁰.

¹⁷Art. 17 do RISTF: “A antiguidade do Ministro no Tribunal é regulada na seguinte ordem: i – a posse; ii – a nomeação; III – a idade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTFintegral.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

¹⁸KORNHAUSER, Lewis. **Deciding Together**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015. p. 13-37.

¹⁹Ibidem, p. 11.

²⁰O Voto do Ministro César Peluso como relator na Medida Cautelar em Reclamação 9.428 do Distrito Federal em 2009, que tratava de ação proposta pela empresa jornalística O Estado de São Paulo S. A., contra decisão da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deixa claro a dificuldade enfrentada quando da aplicação de decisões majoritárias, porém formadas por votos concorrentes. Alegava a reclamante o desrespeito à decisão do Supremo que, nos autos da ADPF nº 130 (rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe 06.11.2009), declarou a revogação integral, ou não recepção pela ordem jurídica vigente, da Lei nº 5250, de 09 de fevereiro de 1967, conhecida como “lei de imprensa”, vez que seria incompatível com Constituição Federal de 1988, assim afirmando: “Ora, não se extraem do acórdão

Ainda que se diga que de um modo geral os ministros tendam a seguir o relator sem grandes questionamentos, não necessariamente seria possível dizer o mesmo sobre os casos polêmicos enfrentados pelo STF e que acabam chamando mais atenção do público. Ao tratar dessas questões tende a ser mais fácil observar a presença de votos que ainda que não sejam diversos do proposto pela maioria quanto ao resultado o são materialmente, uma vez que são gerados por argumentos distintos²¹.

Sendo assim, uma pesquisa apenas quantitativa não seria capaz de captar essa diferença substantiva dos casos discutidos de forma eficaz. O STF não funciona apenas como Corte Constitucional, mas possui também competência recursal extraordinária, e ainda competência originária em certas hipóteses, o que pode dissolver a importância dos casos emblemáticos da corte em meio à quantidade assombrosa de processos que chegam ao plenário, mesmo com todos os instrumentos constituídos para filtragem dessas demandas²².

da ADPF nº 130 motivos determinantes, cuja unidade, harmonia e força sejam capazes de transcender as fronteiras de meras opiniões pessoais isoladas, para, convertendo-se em *rationes decidendi* determinantes atribuíveis ao pensamento da Corte, obrigar, desde logo, de maneira perene e peremptória, toda e qualquer decisão judicial acerca dos casos recorrentes de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão ou de informação. [...] Salvas as ementas, que ao propósito refletem apenas a posição pessoal do eminente Min. Relator, não há opinião majoritária da Corte, o conteúdo semântico geral do acórdão traduz, na inteligência sistemática dos votos, o mero juízo comum de ser a lei de imprensa incompatível com a nova ordem constitucional, não chegando sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art. 220, § 1º, da Constituição da República, quanto à extensão da literal ressalva a legislação restritiva, que alguns votos tomaram como reserva legal qualificada”. Esse tipo de problema levou o Supremo a sustentar a tese de que não é cabível reclamação sob o argumento de que a decisão impugnada violou os motivos (fundamentos) expostos no acórdão do STF, ainda que este tenha caráter vinculante, não admitindo assim, a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, demonstrando que não é possível retirar do conteúdo desse tipo de decisão uma voz uníssona da Corte capaz de indicar uma tese jurídica única a ser adotada (STF. Plenário. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015). Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. DJ, 05 de novembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>

²¹SILVA, Vírgilio Afonso. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo09n47.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

²²Entre os instrumentos criados a fim de reduzir o número de processos que chegam ao STF, encontra-se a “Repercussão Geral”, que foi incluída pela Emenda Constitucional nº 45/2004 como requisito necessário a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários para a análise do recurso pelo STF. O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Essa sistematização busca auxiliar a padronização de procedimentos no âmbito da Corte e dos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a

Enquanto um mecanismo democrático de pequena escala a deliberação pode possuir um importante papel legitimatório, visto que está de certa forma atrelada a aspirações democráticas que envolvem a ideia de participação. Ainda que exista a possibilidade de certos vícios, nenhum princípio democrático está livre de *tradeoffs*, sejam internos ou externos. A deliberação é uma oportunidade de se realizar um intercâmbio de informações e perspectivas, ou de afastar o falso consenso de uma questão controversa permitindo a construção de respostas presumivelmente melhores²³.

Nesse sentido, Sunstein e Reid Hastie defendem que quando instituições possuem um desempenho pobre na construção de suas decisões, em geral seria por erros individuais do tipo relacionado a questões cognitivas e comportamentais. Assim, esses erros muitas vezes seriam o produto de *bias* ou de disponibilidade heurística, ou seja, polarização e se apegar ao que é cognitivamente disponível, assim ignorando parte das informações sobre determinada situação. Estes seriam responsáveis por erros em larga escala, especialmente se estas instituições não buscam corrigi-los²⁴.

Por conseguinte, isolam-se duas possíveis influências em instituições deliberacionais. A primeira diz respeito a sinais informacionais que levam os membros do grupo a não divulgarem o que sabem a respeito de informações já publicamente anunciadas por outro. A segunda envolve pressões sociais a fim de evitar que envolvem a perda de reputação. Essas influências poderiam levar a aumentar erros individuais; causar efeitos cascata, quando os demais membros cometem o mesmo erro; posições mais extremadas; e enfatizar-se mais as informações que foram compartilhadas do que as que não foram. Dessa forma, a

garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, além do objetivo fundamental de delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. A consequência direta é a uniformização da interpretação constitucional sem exigir que o Supremo decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão, funcionando como uma forma de julgar mais casos em menos tempo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em: 27/02/2017.

²³VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007. p. 179-180.

²⁴SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Hastie. **Garbage in, Garbage Out? Some Micro Sources of Macro Errors**. Journal of Institutional Economics, Forthcoming. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2180938>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

deliberação deve ajudar a somar toda a informação existentes de forma que leve a instituição como um todo a saber mais que qualquer de seus membros sabia antes. O exercício de dar e receber informações, a troca de perspectivas, deve levar a uma boa solução do problema, que é superior a simples junção de suas partes²⁵.

Antes de se debruçar sobre questões mais específicas de *design* institucional, é preciso compreender como esses valores democráticos atuam e se inserem nessa discussão, o que será tratado de forma conceitual e em alguns momentos com exemplos práticos nas próximas seções.

1.1.1 Os Votos Divergentes em Colegiados

O professor Virgílio Afonso Silva aponta que no caso das sessões colegiadas os votos fora da esfera majoritária, ou seja, os votos divergentes podem ser tidos como concorrentes ou meros votos vencidos. Os votos vencidos são aqueles que não dialogam com os argumentos trazidos pelo relator para então dele discordar. Por outro lado, há os votos concorrentes que não divergem do resultado final, mas do caminho utilizado para se chegar a ele. Isso remete à conhecida prática de trazer os votos prontos para a sessão de julgamento, visto que ao fazer isso os ministros não conhecem a posição dos demais até que se realize a sessão, o que impossibilita esse diálogo²⁶.

Uma simples diferenciação entre o que são decisões baseadas na deliberação e o que são decisões como resultado de métodos agregativos de votos, a princípio, não diz muito sobre as consequências que cada uma dessas técnicas possuiria em uma Corte Constitucional. Apontar um método decisório como sendo o melhor gera extrema controvérsia, sendo necessário antes que se aponte por que a deliberação seria o melhor modelo para o caso em destaque. O principal questionamento a ser feito é que se pretende responder nesta seção é: por que se deve discutir uma questão antes de tomar uma decisão?

²⁵ Ibidem.

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo09n47.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

O problema da deliberação não se apresenta necessariamente quando os ministros seguem o relator, o que pode ser descrito como consequência do trabalho hercúleo desempenhado pelos agentes de um Tribunal sobrecarregado²⁷, ou talvez, como real concordância em casos menos complexos. Mas ainda se entranha na existência de grande divergência presente nos votos, seja quanto ao dispositivo, seja quanto aos argumentos. Embora não se trate de prova irrefutável, este é um forte sinalizador de um problema no funcionamento da instituição, que dificulta a repercussão e a interpretação de suas decisões no futuro.

Dessa forma, em geral, se os votos ao fim chegam à mesma conclusão não se trata de efeito deliberativo do colegiado, mas “coincidência” dos argumentos da decisão. Contudo, ainda que o resultado final coincida em um mesmo dispositivo para todos os ministros, isso não significa que o caminho percorrido e as informações utilizadas serão as mesmas ou que existiria ao fim uma decisão da Corte.

Ocorre que o Supremo, seja enquanto guardião da Constituição, como última instância recursal, ou como competente originariamente em determinadas situações, detém a última palavra sobre diversos assuntos de relevante cunho social, político e econômico. A capacidade institucional do Legislativo muitas vezes não é capaz de acompanhar a velocidade com que certas demandas são submetidas ao Judiciário, e mais especificamente ao STF, em razão de seu próprio desenho institucional que demanda que certas etapas sejam cumpridas, além do número de agentes no processo decisório ser maior no legislativo²⁸.

As decisões proferidas pelo STF são o produto de onze votos distintos e sem diálogo,

²⁷“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou 1.501 processos no primeiro semestre deste ano, em 41 sessões entre fevereiro e junho. Segundo balanço entregue aos ministros [...] foram autuadas na Corte neste ano 46.588 ações, sendo 5.838 originárias e 40.750 recursais. No período, 38.834 processos foram baixados à origem ou arquivados e o número de acórdãos publicados chegou a 7.884. Houve 52.653 decisões monocráticas proferidas. As duas Turmas do Supremo julgaram 6.018 feitos no total em vinte sessões cada uma”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320184>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017.

²⁸Cf. RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos. **Governabilidade e Capacidade para Emendar: o Poder Executivo e as Emendas Constitucionais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad9d4d2bc5365e85>. Visualizado em: 25 de fevereiro de 2017.

em regra, que devem ao fim se conformar em um acórdão teoricamente uniforme em nome da instituição a fim de solucionar um conflito. É possível dizer que não há o diálogo entre os votos a partir do momento que os próprios ministros afirmam que estes são feitos a portas fechadas e levados prontos à sessão, além de não diferenciarem o que seriam votos divergentes e votos concorrentes²⁹.

Essa falta de distinção entre o que são votos divergentes e votos concorrentes dificulta a análise sobre qual seria o real entendimento da Corte e, por conseguinte, poderia afetar a segurança jurídica ou o tempo que a própria corte dispende quando busca aplicar suas decisões em casos futuros. Isso ocorre porque a partir do momento em que os votos são feitos antes da própria deliberação, os que não aderem à posição majoritária acabam se tornando meros votos vencidos e é impossível um diálogo entre os posicionamentos.

Ademais, ainda que se trate de voto concorrente não fica clara a consistência daquela decisão como parâmetro futuro de aplicação do direito. Mesmo que o resultado seja igual no dispositivo, o fato de serem diferentes os caminhos percorridos e não haver diálogo entre eles pode demonstrar uma falta de interação no âmbito da Corte que pode fomentar ainda mais discussões e insegurança jurídica. A partir do momento que não fica clara a tese jurídica adotada pelo tribunal na resolução daquele conflito, abre-se caminho para que os demais agentes que atuam dentro desse mesmo sistema (como juízes, procuradores,

²⁹O professor Virgílio Afonso da Silva em trabalho que trata da prática deliberativa no STF a partir de entrevistas com ministros no exercício e que ao tempo da entrevista já estavam aposentados, apresenta um interessante panorama interno da forma como estes enxergam a deliberação e mais especificamente a questão dos votos divergentes no âmbito da corte. A fim de manter o anonimato e possibilitar que os entrevistados tivessem maior liberdade, os nomes foram substituídos por letras, possibilitando a identificação do posicionamento, mas não do Ministro. As letras ‘A’ a ‘I’ representam ministros ainda no exercício da função (no momento da entrevista), e as letras ‘N’ a ‘U’ indicam os que já estavam aposentados. A conclusão da pesquisa empreendida, foi a de que os ministros embora reconheçam problemas deliberativos no STF, não os identificam com a questão dos votos vencidos, divergentes e concorrentes, reputando como principal obstáculo à deliberação os personalismos dos próprios ministros. A quantidade de votos divergentes é tida como virtude e não como problema, e, embora seja apontada claramente a prática de se levar os votos prontos para as sessões colegiadas, especialmente nos casos emblemáticos, esse comportamento parece ser visto com naturalidade pela maioria. Os próprios ministros reconhecem que os votos feitos antes do debate não só prejudicam a deliberação como são causa do grande número de votos divergentes e concorrentes. “O modo como nós trabalhamos - levar votos já preparados - não leva a um debate saudável ou produtivo [...]. A gente não sabe quais são os argumentos do outro [...] é muito mais difícil no nosso sistema alguém voltar atrás daquilo que apresentou”, disse o ministro ‘D’ e no mesmo sentido falaram os ministros ‘B’ e ‘R’. A publicidade também foi apontada pelos ministros ‘C’, ‘F’, e ‘P’ como um fator importante. SILVA, Virgílio Afonso. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo09n47.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

promotores e advogados) possam no futuro apontar outras tantas teses a serem discutidas com base na *ratio* utilizada por cada um dos ministros³⁰.

Esse comportamento isolado dos Ministros do Supremo é muito bem descrito pelo professor Conrado Hubner Mendes no artigo intitulado “Onze ilhas” que representa uma metáfora à forma como os ministros do Supremo proferem suas decisões, sendo uma crítica à linguagem pouco acessível dos ministros e ao “diálogo de surdos” empreendido nas sessões como consequência desse arranjo. Nesse sentido, afirma que:

Um tribunal se pretende construir uma jurisprudência vigorosa, que sirva de bússola para o regime democrático, precisa almejar uma deliberação assim ambiciosa. Nossa jurisprudência constitucional, contudo, é quase obscurantista, refém das idiosincrasias enciclopédicas de cada um dos ministros do STF e facilmente manipulável pela retórica advocatícia. Fragiliza nossa linguagem dos direitos fundamentais, que permanece desguarnecida de uma casuística coerente nas decisões do Supremo³¹.

De acordo com Virgílio Afonso, em geral, assuntos são discutidos antes de se tomar uma decisão coletiva a fim de que seja possível compartilhar informações que antes eram privadas e do conhecimento de apenas um dos agentes e para reduzir o impacto da racionalidade limitada desses agentes. Sendo assim, a limitação da racionalidade dos agentes pode ser evitada com a troca de argumentos que permitem que novas ideias surjam, ou que as ideias já sustentadas possam ser otimizadas, nutrindo a construção de soluções coletivas e evitando soluções sub-ótimas baseadas em visões restritas³².

Ademais, de acordo com o autor, seria possível presumir que quanto mais informados estejam os agentes de um coletivo que deve tomar uma decisão, melhor esta será, mesmo que para isso o processo decisório se torne mais complexo³³.

1.1.2 Modelos de Democracia Deliberativa

³⁰Cf. nota de rodapé 20.

³¹MENDES, Conrado Hübner. **Onze Ilhas**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em: 10 de outubro de 2016. Artigo publicado originalmente no jornal Folha de São Paulo em 01/02/2010.

³²SILVA, Virgílio Afonso. **Deciding Without Deliberating**. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017

³³Ibidem.

Em uma breve análise, os modelos de democracia deliberativa propostos variam entre os teóricos, dentre os quais se destacam: o modelo substantivo, estruturado a partir da justificação dos princípios de justiça defendido por John Rawls, em especial com o conceito de Razão Pública, afirmando que os direitos individuais intensificados pelo Liberalismo não são suficientes para que os cidadãos defendam suas reivindicações, visto que há grandes desigualdades fáticas que impedem a plenitude dessa liberdade, assim, reafirma a necessidade de um condicionamento dessas liberdades a existência de uma maior igualdade³⁴; e o modelo procedimental de Jürgen Habermas, que abarca a teoria da ação comunicativa e se situa no meio de uma tensão entre o modelo republicano e o modelo liberal, assim busca não abrir mão do diálogo entre cidadãos e representantes nem deixar de reconhecer direitos e liberdades³⁵. Não obstante, parece interessante a proposição de John Ferejohn e Pasquale Pasquino sobre que tipo de deliberação seria cabível em diferentes Cortes³⁶.

A ideia de uma democracia deliberativa no geral parte exatamente da busca de um modelo decisional que seja compatível com sociedades democráticas e plurais, onde a deliberação seria uma alternativa preferível em detrimento de modelos baseados apenas no voto³⁷. Isso porque, esta seria a melhor maneira de lidar com situações de incerteza³⁸ e com a instabilidade e da ambiguidade de processos decisórios baseados no voto³⁹, além de ampliar a discussão para que todos tenham a oportunidade de apresentar e conhecer todas as informações que envolvem certa decisão.

No livro *Political Liberalism* John Rawls descreve as Cortes como exemplares de instituições deliberativas. Nesse sentido, em seu âmbito, ocorreriam explicações e justificações de razões. A autoridade dessas instituições estaria, pelo menos em grande

³⁴Cf. RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press.

³⁵Cf. HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. - Bela Vista, SP: Martins Fontes, 2012.

³⁶ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Deliberative Institutions**. Em: <http://www.politics.as.nyu.edu/docs/IO/4758/ferejohn.pdf>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017

³⁷ ROUANET, Luiz Paulo. **Democracia Deliberativa: Entre Rawls e Habermas**. Em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/9292/6402>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

³⁸Estas situações de incerteza serão tratadas mais satisfatoriamente no capítulo 2, quando se procederá a conceituação de riscos.

³⁹No capítulo 3 serão apresentados exemplos que ilustram essa dificuldade e ambiguidade que o sistema de votação baseada na vontade majoritária apresenta.

parte, nas qualidades de um raciocínio jurídico. Portanto, a deliberação é um aspecto especialmente valioso do processo decisório, e se existe um lugar onde sua aplicação tem papel de destaque, este seria no âmbito de Cortes Constitucionais⁴⁰.

Contudo, Ferejohn e Pasquino defendem que Cortes Constitucionais são diferentes em sistemas políticos diversos. Isso porque a essas instituições cabem diferentes questionamentos e atores políticos, expectativas, histórias, culturas, e controles políticos diversos. Não obstante essas diferenças, os autores acreditam que há uma sensibilidade ao modelo descrito por Rawls em todas as Cortes analisadas, quais sejam, as Cortes francesa, italiana, espanhola e norte-americana. Sendo assim, deliberação seria participação no processo decisório sobre ações públicas. Cortes, diferentemente de outras instituições não simplesmente publicam ordens ou decisões. Elas devem publicar uma argumentação plausível de suas *ratio decidendi*. Tendo em vista que estas instituições são colegiadas, essas razões devem se originar de um processo de deliberação interno⁴¹.

Essa parece uma análise interessante no sentido de que não limita o design de uma Corte, ainda que estabeleça que em certo grau todas as Cortes possuem certa sensibilidade a características semelhantes, estas se desenvolvem conforme sua realidade, o que permite uma aplicação e encaixe mais satisfatório, além de desenhos mais factíveis.

A forma como decidem parece ter um papel importante para a autoridade das Cortes, ao menos sob dois aspectos. Do ponto de vista democrático, tendo em vista que os ministros do Supremo Tribunal Federal e outros membros de Cortes Constitucionais no geral não são eleitos, as razões oferecidas em suas decisões podem fornecer justificações democráticas indiretas para suas ações. O segundo aspecto diz respeito a possibilidade de que essas decisões judiciais podem permitir que outros agentes, utilizem uma decisão no presente para antecipar suas implicações no futuro, o que permite um aumento de eficiência, diminuindo os níveis de litigância. Portanto, deliberação é uma importante fonte de legitimidade para juízes em qualquer sistema político, mas é ainda mais importante em

⁴⁰ RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press. Apud FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Deliberative Institutions**. Em:

<http://www.politics.as.nyu.edu/docs/IO/4758/ferejohn.pdf>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017

⁴¹ FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Deliberative Institutions**. Em: <http://www.politics.as.nyu.edu/docs/IO/4758/ferejohn.pdf>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017

democracias⁴².

Nesse sentido, Conrado Mendes argumenta sobre a existência de uma especial capacidade judicial para a argumentação moral, inclusive. Assim, a legitimidade não estaria limitada à soma de interesses individuais, mas abrange decisões dotadas de boas justificativas compartilhadas por todos. Enquanto parlamentos detém representatividade pelo primeiro aspecto (soma de interesses individuais); as Cortes são as instituições mais indicadas para o cumprimento da segunda demanda, qual seja, a sensibilidade a razões e não a desejos majoritários⁴³.

1.1.3 Como Cortes Decidem – Colegialidade vs. Adversariedade

Neste ponto é necessário diferenciar o processo decisório de Cortes Constitucionais do processo que encampa o Legislativo. Neste último caso, o objetivo é ganhar, tendo em vista que é uma instituição essencialmente adversarial e nesse sentido raramente será possível o pleno consenso. Ao menos dois partidos disputam eleitores apresentando propostas e perspectivas distintas de políticas que desejam implementar. Isso não significa dizer que a deliberação legislativa é sem sentido, pelo contrário, é essencial ao processo democrático, mas essa deliberação tem caráter externo, e nesse sentido visa convencer a sociedade, os eleitores, a mídia, de qual seria a melhor política a ser implementada, por exemplo.

Por outro lado, no caso de Cortes Constitucionais, estas são legitimadas ao exercício do *Judicial Review* por seu potencial deliberativo característico. Nesse caso, os participantes não estão em disputa, mas formam um time único, que busca realizar uma deliberação interna, ou seja, pautada em persuasão e raciocínio a fim de fazer com que o grupo decida um curso de ação comum⁴⁴.

⁴²Ibidem

⁴³MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 05 de junho de 2016.

⁴⁴SILVA, Vírgilio Afonso. **Deciding Without Deliberating**. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

Virgílio Afonso aponta que quando as Cortes deliberam com vistas a ganhar, ou seja, deliberação voltada ao público externo e com o resultado da decisão pautado nos votos da maioria se adiciona pouco ou nada ao trabalho realizado pelo Legislativo. Além disso, indicaria que apenas resultados binários seriam possíveis (constitucional ou inconstitucional), que os “vencedores” depois de ganhar não teriam motivos para continuar deliberando; e que os argumentos defendidos pela minoria são insignificantes para os propósitos da decisão final e que a opinião da Corte é sinônimo de opinião majoritária⁴⁵.

Ainda, afirma Ferejohn e Pasquino que quanto as instituições mais democráticas no sentido de proximidade com o povo não se espera um grande alcance deliberativo, no geral o Executivo e o Legislativo, na verdade existem diversos obstáculos para que isso ocorra⁴⁶. Isso ocorre porque deliberação pode ser tida como uma possível substituta a formas mais diretas de legitimidade democrática, e nesse sentido é um caminho que permite que instituições não democráticas no sentido de escolha por sufrágio, podem convencer as pessoas de suas decisões⁴⁷.

Dizer que Cortes e o Legislativo decidem da mesma forma, ou seja, mera contagem de votos com o objetivo primordial de vencer levaria a pressupor que juízes somente querem vencer e, conseqüentemente, somente produzem argumentos para ao público externo. Contudo, convencer os agentes no interior da Corte deveria ser a prioridade, não que a interação com a sociedade não seja também fonte de legitimidade. Como dito, isso não significa que a transparência enquanto valor não possui função legitimatória em uma Corte. Obviamente, a publicidade é essencial ao funcionamento de qualquer instituição que se diga democrática. Além disso, a própria transparência é o que conecta *accountability* e deliberação como se verá na próxima seção deste trabalho.

Em suma, essa distinção se faz importante primeiro porque a questão da deliberação ocorre no âmbito de uma Corte de onze ministros de forma bastante diferente do que

⁴⁵Ibidem.

⁴⁶Podemos citar como obstáculos a forma hierárquica em que o Poder Executivo está conformado, por exemplo, com o Presidente como chefe do Poder Executivo. Por outro lado, o legislativo além de dividido em duas casas, possui um número muito grande membros, o que dificulta um processo decisório que não seja baseado somente na posição majoritária e pela contagem de votos.

⁴⁷ FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Deliberative Institutions.** Em: <http://www.politics.as.nyu.edu/docs/IO/4758/ferejohn.pdf>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017

ocorre no Legislativo entre quinhentos e treze deputados federais ou oitenta e um senadores. Segundo, porque os objetivos de cada uma das instituições é distinto. De forma muito simplificada, enquanto o Congresso Nacional busca dar voz aos eleitores por meio de representantes eleitos; o Supremo Tribunal Federal faz o papel de cúpula do Poder Judiciário e Guardião da Constituição e possui um mecanismo distinto de escolha de seus membros. Enquanto os membros do legislativo desejam mostrar a seus eleitores que estão cumprindo suas promessas de campanha, tal comportamento não deve ser esperado dos Ministros do STF, que devem zelar pela imparcialidade.

Ainda que muitas vezes o Supremo se depare com questões altamente controversas, sem resposta clara na legislação, o que se espera dos Ministros não é a representação da vontade do povo de forma indireta, mas a interpretação constitucional do caso. Portanto, o STF não deve fazer as vezes de Legislativo em sua atuação, e por conseguinte, não cabe ao STF buscar sua legitimidade prioritariamente em uma deliberação externa, buscando convencer o público de sua decisão. Antes de qualquer coisa, a deliberação interna deve ser fazer presente para que a melhor solução encontrada possa ser atingida e então levada a público.

1.2 Transparência

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer e repetir que o objetivo deste trabalho não é rescindir a importância que a transparência possui na construção e manutenção de instituições democráticas, visto que em certo grau, trata-se de elemento necessário à promoção de *accountability* dos agentes⁴⁸. Contudo, há que se levar em consideração que esse tipo de instrumento não deve ser constituído de forma apriorística e sem uma análise madura de todos os riscos relevantes. Este é ponto metodológico crucial na análise das justificativas utilizadas para aplicação desse valor nos casos concretos⁴⁹ e que será melhor explicado no próximo capítulo em que será defendida a “posição madura” do constitucionalismo otimizador.

⁴⁸VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p. 06.

⁴⁹Idem. **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 14.

O que se busca é indicar uma forma de transparência seletiva, como a proposta por Adrian Vermeule, pois mais transparência não necessariamente culmina em uma consequência lógica de imparcialidade e melhores decisões. E esta última parece ser a base em que se funda o argumento utilizado para a aprovação do PL 6.059/2000, posterior Lei Ordinária 10.461/2002⁵⁰, de autoria de Chiquinho Feitosa que acrescentou alínea ao inciso I do art. 23 da Lei n.º 8.977/95⁵¹, de 06 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal.

A doutrina administrativista tem a publicidade como princípio basilar de atuação de seus agentes públicos, tendo inclusive expressa previsão constitucional no art. 37 da CRFB⁵², e infralegal no art. 2º da lei 9.784/99⁵³. Esse princípio determina a divulgação dos atos do Poder Público, guardando estreita ligação com o princípio democrático, constante no art. 1º da CRFB⁵⁴.

Nosso ordenamento jurídico consagrou uma variedade de instrumentos a fim de garantir a transparência dos atos do Poder Público, dentre eles é possível citar o direito de obter certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, 'b' da CRFB⁵⁵) e o *habeas data* que serve de instrumento garantidor de conhecimento de registros e bancos de dados relativos ao impetrante, além de possibilitar a retificação de seus dados (art. 5º, LXXII da CRFB⁵⁶).

⁵⁰BRASIL. Lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002. Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20 mai. 2002. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵¹“Art. 23. A operadora de tv a cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações: I - Canais básicos de utilização gratuita: h) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à justiça”. BRASIL. Lei nº 8.977, de 06 de janeiro de 1995. Dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09 jan. 1995. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 05 out. 1988.

⁵³BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 01 fev. 1999. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 05 out. 1988.

⁵⁵Ibidem.

⁵⁶Ibidem.

A lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11⁵⁷) aponta como diretrizes a observância da publicidade enquanto preceito geral, e o sigilo como exceção; a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; divulgação de informações de interesse público independentemente de solicitação; o fomento à cultura de transparência na administração pública; e a possibilidade de um controle social da administração pública.

E ainda mais importante para os fins desse trabalho, é a previsão constitucional de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, presente no art. 93, inciso IX da CRFB⁵⁸. A redação desse dispositivo tem origem na Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a partir da qual houve a reforma do Judiciário, visando promover um quadro tanto de segurança quanto de celeridade jurídica.

Note-se que a gênese desse controle está na vontade de contenção e limitação da ação do Estado, a fim de se evitar as intempéries comuns aos Estados autoritários, onde a regra é o sigilo, e as arbitrariedades remanescem intangíveis ao controle dos jurisdicionados. Isso de forma alguma é desejável em um regime democrático.

Importante apontar, portanto, que de forma simplificada, transparência se associa a ideia de acessibilidade. Em um regime democrático, é a transparência que conecta *accountability* e deliberação. E enquanto não há considerações contrárias que prevaleçam ou contrabalanceiem, é coerente dizer que um governo mais transparente, que permita a seus cidadãos observar decisões sendo realizadas, é mais democrático. Além disso, transparência impede que agentes ajam em interesse próprio, compelindo a imparcialidade. Contudo, esse mesmo valor pode aumentar os riscos de vícios deliberativos quando

⁵⁷BRASIL. Lei nº 12.527, de 08 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵⁸Art. 93, inciso IX da CRFB: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Em: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 05 out. 1988.

aplicado de forma a não incluir todas as consequências relevantes⁵⁹.

Em alguns casos, a transparência plena pode tornar a deliberação mais difícil, pois encorajaria várias formas de um tipo de “arrebanhamento” dos agentes e a adoção de certas posturas ligadas ao receio gerado pela veiculação da imagem, ambos com as possíveis finalidades de impressionar, enganar ou empoderar interesses de grupos particulares⁶⁰, à custa dos valores democráticos que originalmente se desejava resguardar.

Ademais, se a linguagem empreendida pelos ministros é pouco acessível, hermética, esse já é um indício de que a transparência no STF não atende aos parâmetros preestabelecidos de atender a uma questão social de legitimação da Corte frente o povo, pelo menos não de forma tão ampla, no máximo haveria a possibilidade de um real acompanhamento pela comunidade jurídica, visto que transparência e acessibilidade são indissociáveis e a prática processual e os termos jurídicos não são a todos familiares. Essa é definitivamente uma reforme necessária ao judiciário como um todo.

Alguns poderiam dizer, a partir de uma ideia forte de transparência, assim como defende o Ministro Luís Roberto Barroso ou Felipe Melo Fonte⁶¹, que esta aumentaria a legitimidade da corte frente os cidadãos⁶², tornando os Ministros responsáveis (*accountable*) por suas decisões e que isso diminuiria os custos de monitoramento. Contudo, este pensamento assume que eles responderiam a algum tipo de incentivo moral, ou particular absoluto de resguardo da própria imagem, ou mesmo que uma forma mais branda de transparência não poderia concretizar o mesmo efeito⁶³.

Os que defendem essa posição não dão atenção suficiente aos custos dessa exposição, aceitando as perdas como consequência inelutável da manutenção de um princípio

⁵⁹VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p. 181.

⁶⁰Ibidem, p. 08.

⁶¹FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016.

⁶²BARROSO, Luís Roberto. **O Supremo Tribunal Federal em 2016: O Ano que Custou a Acabar**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf>. Acesso em: 09 de janeiro de 2017.

⁶³VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p. 197.

democrático absoluto em sua materialidade. Não há a compreensão que nesses casos a transparência pode ser autodestrutiva ou gerar uma grave tensão com outros valores democráticos de igual importância.

Não é possível pensar em transparência no âmbito institucional sem que seja por meio de uma complexa equação que considere outras variáveis significativas, como a deliberação, a *accountability*, e a imparcialidade. Nesse tipo de choque entre valores não é possível chegar a um estado idealizado, que nesse caso seria o de transparência sem consequências danosas, sem restrições. É preciso trabalhar adotando a opção que abarque problemas *second best*⁶⁴ para os arranjos atuais que não são ótimos, e não há razão teórica que possibilite indicar que seriam.

1.2.1. Transparência Seletiva como mecanismo democrático de pequena escala

Em certos momentos, a transparência será instrumento hábil a suprimir negociações em interesse próprio com clara influência sobre a imparcialidade dos agentes. Não obstante, em outras situações pode haver também a diminuição da deliberação como custo da exposição⁶⁵. Tendo em vista essas possíveis consequências, o que se espera é oferecer a maior quantidade de ganhos em transparência, deliberação ou até outros valores democráticos, a partir do conhecimento dos possíveis custos de aplicação.

A transparência seletiva, tal como defendida por Adrian Vermeule, diz respeito a um tipo de controle sobre a divulgação de certas audiências ou decisões em detrimento de outras. Aqui se impõe a necessidade de postergar a divulgação de informações para um momento em que grupos particulares não sejam capazes de “capturar” a possível decisão do agente, ou que efeitos de personalismo influenciado pela exposição possam ser

⁶⁴ Ibidem. Adrian Vermeule ao verificar que os tradicionais paradigmas teórico-constitucionais são insuficientes em sua ambição de compreender a realidade constitucional contemporânea, critica as chamadas visões perfeccionistas como a presente na obra de Ronald Dworkin. Dessa forma, indica como modelo a ser adotado pelo Estado Democrático de Direito em sua configuração e atividade institucional o *second best democracy* que busca apontar o que pode ser alcançado através da atividade institucional de forma factível, em detrimento do *first best* que trata de idealização da atividade institucional com pouca ou nenhuma aplicabilidade, tendo em vista as limitações em que em geral são ignoradas pelas instituições no exercício de suas atividades.

⁶⁵ Ibidem, p. 184.

diminuídos. Isso porque instituições são, principalmente, sistemas de gestão de informações⁶⁶ e, por isso, são suscetíveis a interesses particulares.

Nesse sentido, a presença de tensões entre boa e má *accountability* que surge a partir da existência de uma vasta audiência é a razão chave para que se adote essa abordagem, surgindo assim, a possibilidade de um sistema de exposição seletiva para a audiência contemporânea ao processo decisório, mas não para a audiência futura (pós-decisão), que não mais poderia influir no processo deliberativo distorcendo-o, mas que receberia as informações necessárias à sua fiscalização⁶⁷ e ainda para a construção de um suporte popular legitimatório para a Corte⁶⁸.

De forma clara podemos citar, por exemplo, a existência de dois impasses gerados por essas tensões. Um entre a boa deliberação gerada pelo sigilo em oposição à transparência que impede a barganha de interesses pessoais. E outro entre a possibilidade de responsabilização dos agentes em contraste com o “arrebanhamento” por grupos de interesse⁶⁹. O que se busca é proporcionar deliberação onde é possível e impedir a barganha de interesses pessoais ou outros riscos onde é mais propício.

De acordo com Vermeule, a mistura de transparência e opacidade possui três efeitos principais: (i) a transparência pode alterar a forma com que os agentes se empenham em argumentações principiológicas; (ii) a transparência pode reduzir a qualidade da

⁶⁶Ibidem, p. 09. Adrian Vermeule em seu livro “Mechanisms of Democracy” utiliza a transparência seletiva originalmente como instrumento de promoção de valores democráticos nas decisões tomadas pelos agentes do governo durante os ciclos eleitorais, para que candidatos não sejam mantidos cativos. Contudo, neste trabalho utiliza-se o mesmo pensamento em uma tentativa de aproximação com a realidade vivenciada pelos Ministros do Supremo Tribunal enquanto participantes de um colegiado cujas decisões são publicizadas de forma instantânea pela televisão. VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007

⁶⁷Esse tipo de instrumentalização da transparência, com postergação de seus efeitos, pode ser observada no ordenamento brasileiro quando este prevê na lei 12.527/11 o sigilo de certas informações de interesse público e necessárias à segurança da sociedade ou do Estado, sendo, portanto, passíveis de classificação, sendo estas listadas no art. 23. Quanto aos prazos de classificação, estes se encontram no art. 24, não havendo previsão de sigilo permanente, em respeito ao Estado Democrático de Direito que tem como um de seus princípios a publicidade dos atos da administração pública, conforme art. 37, caput da CRFB. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 05 out. 1988.

⁶⁸FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016, p. 196-197.

⁶⁹VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: institutional design writ small*. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p. 186.

deliberação democrática; e (iii) a transparência promove *accountability*. O problema está em saber para quem é vertida essa última, se para os cidadãos, ou para os grupos de interesses específicos, pois como visto, podem existir *tradeoffs* quando tratamos desse valor.

Sendo assim, alguns mecanismos podem ser indicados como passíveis de aperfeiçoar a transparência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em paralelo com os mecanismos indicados por Adrian Vermeule no caso do processo de votação de orçamento no Legislativo norte-americano⁷⁰, como o sigilo durante a deliberação do colegiado, com a possibilidade de tornar público, uma sessão de decisão, o acórdão e os votos dos ministros após o fim do processo deliberativo em uma divulgação postergada que pode promover os efeitos desejáveis de transparência, enquanto suprime os indesejáveis.

A principal diferença é que, em oposição ao caso abordado por Vermeule, no caso dos Ministros do STF não é possível argumentar que haveria efeitos de seleção política pela maior transparência, como ocorre no Legislativo, no sentido de que a ideia de reeleição seria um fator determinante na conduta do agente, visto que os ministros são indicados pelo Executivo e possuem cargo estável⁷¹. Da mesma forma, também se diferencia esse caso do que envolve o Legislativo no sentido de que as decisões emitidas pelo STF não necessariamente precisam estar em conformidade com a perspectiva dos jurisdicionados sobre “justiça”, diferente da necessidade do Legislativo de imprimir a vontade de seus votantes nas políticas públicas que necessitam ser empreendidas, tendo em vista que o Supremo pode exercer um papel contramajoritário, por exemplo⁷².

⁷⁰VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007. Ainda que o objeto de estudo do autor sejam as decisões políticas no legislativo no âmbito orçamentário, as considerações encampadas são também válidas quanto à aplicação desses mecanismos a outros objetos como no processo decisório de Cortes Constitucionais, no presente caso, o Supremo Tribunal Federal.

⁷¹Cabe aqui esclarecer que a delimitação metodológica deste trabalho não compreende uma crítica sobre o modo de seleção, indicação ou aprovação dos ministros do STF. Ainda que a questão da legitimidade dos Ministros do STF possa também ser analisada da perspectiva da indicação pelo poder executivo e da forma como se dá a sabatina realizada no Congresso, tal tema foge a proposta deste trabalho, sem contudo comprometer os possíveis resultados.

⁷²Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista. Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas**, disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

Enquanto no âmbito do STF as decisões são pautadas na argumentação jurídica dos casos, ainda que não de forma pura e absoluta, nos demais poderes vigora a oportunidade e conveniência, ou a representação dos interesses dos eleitores.

Nesse contexto, temos também dois tipos de transferência de informação no âmbito institucional, tendo um caráter interno e outro externo em referência ao processo decisório⁷³. Podemos dizer que as informações que se movimentam de forma interna são aquelas de natureza técnica, inerentes ao processo deliberativo em si e que são de maior conhecimento dos agentes que as instrumentalizam. Já as de natureza externa, são fruto da conclusão desse processo, criando efeitos no espaço de influência da instituição e que são, no geral, as de maior interesse e impacto para a audiência. Podemos diferenciá-las questionando primeiro como se decide, o que diz respeito à forma; e depois o que se decidiu, o que concerne ao conteúdo.

Ocorre que conhecer o resultado do processo decisório não significa conhecer o método de decisão em si, que pode decorrer de uma multiplicidade de procedimentos. Se este momento inicial é amplamente exposto, agentes externos podem obter informações a fim de gerar pressão sobre a instituição para que atenda interesses pessoais de grupos específicos, ou o os próprios agentes podem se sentir pressionados pela opinião pública a tomar um certo caminho⁷⁴. O objetivo de evitar essa pressão através de uma opacidade seletiva, não esbarra nas atribuições exercidas pelo STF enquanto Corte Constitucional, nem delimita sua legitimidade, pelo contrário.

Grupos de interesse no sentido aqui adotado possuem uma qualidade intrinsecamente danosa à democracia, em nada se assemelhando a grupos formados por minorias atendidos em nome de uma interpretação constitucional. Isso porque aqui se assume que nem toda atividade de grupos de interesse é boa da perspectiva democrática. Mesmo que em alguns momentos possamos dizer que grupos de interesse são benéficos ao fiscalizarem as ações de outros grupos, ou que alguns interesses mesmo que defendidos de forma específica poderiam trazer benefícios à coletividade ou levantar questões que devem ser questionadas.

⁷³VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p. 187.

⁷⁴ Ibidem, p. 189.

Ainda que se pudesse presumir *a priori* que o melhor seria a completa exposição do processo decisório da Corte a fim de realizar a fiscalização de seus agentes quando esta promove avanços civilizatórios ou integra a ordem jurídica diante da omissão do legislador, uma análise como a que aqui se pretende estabelecer, em que custos e benefícios são observados, tenderia a dizer que a transparência seletiva serviria melhor aos propósitos desses papéis, inclusive para a manutenção de sua legitimidade.

Isso porque essas atribuições, na verdade, exigem um esforço deliberativo muito maior dos Ministros que o atual a fim de se chegar a um consenso factível no âmbito do Supremo, independente da visão de qual deveria ser o campo de atuação da corte, se mais estrito ou mais amplo. Essa ideia parte da forma como são construídas as decisões do Tribunal como objeto necessário à sua legitimidade, inclusive pelo propósito da existência de uma Corte Colegiada⁷⁵, e não necessariamente do papel específico desempenhado.

Nos casos em que ocorre um “tradeoff” interno entre boa e má *accountability*, um quadro de deliberação ou barganha se apresenta como consequência. A deliberação de forma bastante simplificada representaria a capacidade de argumentar e discutir determinada questão sem que a parcialidade ou interesse do agente seja fator determinante para a conclusão do processo. Por outro lado, a barganha surge exatamente de transferências que visam satisfazer interesses pessoais dos agentes envolvidos⁷⁶.

Como visto, o efeito da exposição aqui pode funcionar como instrumento que leva os agentes a argumentar a partir de princípios neutros, relacionados ao público, e não ao privado. Não obstante, pode levar também a um processo decisório polarizado e partidário. Isso porque alguns podem se ater a suas posições iniciais por receio de parecerem vacilantes ou menos preparados; ou silenciar possíveis dissidentes que tenham medo de serem ao fim vencidos pela maioria; ou ainda, ocultar o processo decisório por completo, criando uma deliberação meramente ritualística. Este último possui alguma similaridade

⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas**. 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>>. Acesso em: 12 de outubro 2016.

⁷⁶ VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ small**. New York, NY: Oxford University Press, 2007, p. 194.

com a leitura dos votos pelos ministros que são escritos no interior de seus gabinetes sem acesso pelos demais, o que não é compatível com os papéis da Corte defendidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Isso porque, como dito anteriormente, transparência possui forte relação com a ideia de acesso, e a partir dessa ideia, que melhor aplicação teria a transparência no âmbito do processo decisório do que entre os próprios ministros?

2. A INTERAÇÃO ENTRE RISCOS E VALORES DEMOCRÁTICOS

No Direito Constitucional é possível se deparar com o que Adrian Vermeule chama de Constitucionalismo Precaucionário, visto que neste âmbito, toda a estrutura e a regulação visa o manejo dos riscos que surgem da vida política como o abuso de poder e a violação do sistema de freios e contrapesos estabelecido por James Madison. Nesse sentido, a visão precaucionária em geral é unilateral obcecada por algum risco ou vantagem específica, pretendendo ser aplicada de forma abstrata e apriorística. Dessa forma, é incapaz de enxergar todos os riscos relevantes de um dado caso concreto⁷⁷.

Cass R. Sunstein indica que o princípio precaucionário parte de uma ideia de regulação de atividades, ainda que não seja possível demonstrar se estas podem produzir prejuízos significativos. Afirmar ainda que uma concepção forte deste princípio deveria ser rejeitada, não porque apontaria em direções ruins, mas porque não levaria a direção alguma, seria literalmente um princípio paralisante⁷⁸.

Seguir o princípio precaucionário seria evitar riscos a qualquer custo, em outras palavras, caberia aqui o famoso provérbio “é melhor prevenir do que remediar”. O autor buscar desafiar esse princípio, embora, diferentemente de Adrian Vermeule não busque criar um princípio para substituí-lo⁷⁹, visto que este auxilia a regulação somente quando não se leva em consideração outros riscos relacionados ao mesmo objeto. A ideia é a de que um risco, mesmo que pequeno, justifica o uso de recursos para que se evite um desastre, ainda que as chances de que isto ocorra sejam ínfimas. Contudo, qualquer esforço

⁷⁷VERMEULE, Adrian. **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 12-15.

⁷⁸SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Precautionary Principle**. Em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

⁷⁹Cf. VERMEULE, Adrian. **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014.

para ser universalmente precaucionário será paralisante, visto que há riscos em todos os lados das situações sociais.

Embora Sunstein apresente a aplicabilidade desse princípio em temas como poder nuclear, aquecimento global, e engenharia genética, é possível aplicar os mesmos preceitos a outros tipos de regulação, assim como fez Adrian Vermeule. Entre os motivos para a utilização desse princípio podem ser citadas quatro possíveis razões. A primeira seria a aversão à perda, e nesse sentido seria possível apontar que as pessoas tendem a focar somente nas perdas associadas a certa atividade e não os possíveis ganhos. Ainda seria possível identificar o que Sunstein indica ser a Disponibilidade Heurística. Nesse sentido, seria a estratégia que ignora parte das informações sobre determinada situação, e dessa forma, as pessoas tenderiam a se apegar a riscos já conhecidos, pois eles estão cognitivamente disponíveis, enquanto os outros riscos não. Nesses casos certos prejuízos são deixados de lado ou não conforme sejam estatisticamente relevantes⁸⁰.

A terceira possibilidade trata da negligência da probabilidade, em que por serem propensas a negligenciar a probabilidade de que um resultado ruim ocorrerá, as pessoas acabam focando no resultado em si. Por fim, a negligência sistêmica considera que o princípio precaucionário normalmente leva a uma negligência geral dos efeitos sistêmicos da regulação. Quando apenas um único problema é destacado, é difícil visualizar todas as consequências de intervenções legais⁸¹.

Por conseguinte, essa visão clássica pode tornar o processo que visa reduzir o abuso de poder por agentes públicos oneroso; gerar *tradeoffs* entre abuso governamental e privado, aumentando os riscos de que ocorra o primeiro a fim de que este possa suprimir o segundo; e se baseia em uma teoria constitucional que não atualizou sua percepção das relações institucionais⁸².

⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Precautionary Principle.** Em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² VERMEULE, Adrian. **Optimal Abuse of Power.** Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=nulr>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

Destarte, em contrapartida à posição precaucionária, as tensões entre certos valores constitucionais seriam mais bem entendidas não como contradições, mas como *tradeoffs* e riscos concorrentes. Isso porque certos bens almejados podem funcionar de forma adversária em relação a outros bens igualmente desejáveis quando postos sob certas condições de escolha. A melhor resposta a este dilema seria buscar uma posição próxima do que seria “ótimo”, estando esse não em dois pontos opostos de uma linha, mas em um *continuum* em que a correta aplicação pode estar em diferentes pontos dependentes de um estudo caso a caso.

Diversas disciplinas buscam explicar a forma como esses riscos devem ser geridos e superados. Teorias econômicas, político-sociais, e ramos da psicologia, analisam o risco sob diferentes vieses. Nada obstante, aqui o parâmetro utilizado será o da teoria constitucional, tendo por chave a ideia de que constituições e o direito público em geral são instrumentos de regulação de riscos, sendo essa, uma das hipóteses aventadas por Adrian Vermeule. As dificuldades enfrentadas se dão em virtude do ambiente que deve ser regulado. Há profunda incerteza; os temores que se busca evitar podem se concretizar ou não; e as medidas tomadas a fim de que seja possível evitá-los podem gerar novos riscos ou aumentar o risco que se buscava evitar⁸³.

Sendo assim, o constitucionalismo “otimizador” se apresenta, de acordo com Vermeule, como a melhor abordagem para a regulação de riscos constitucionais em oposição ao constitucionalismo precaucionário. Isso porque ao se deparar com diversas teorias divergentes a tendência de resposta para este último seria observar contradições defendendo um valor em detrimento do outro. Nesse sentido, são insuficientes para explicar a complexidade das interações desses valores democráticos no caso concreto⁸⁴. Na medida em que o foco passa a ser otimizar o quadro que se apresenta, já não se fala em contradição, mas em concorrência e convivência de valores que buscam potencializar sua aplicação em um caso concreto, buscando-se observar todos os riscos relevantes.

⁸³VERMEULE, Adrian. **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 02-03.

⁸⁴Idem. **Optimal Abuse of Power**. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=nulr>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

Neste capítulo, portanto, o objetivo perseguido é o de definir duas teorias constitucionais, quais sejam, o constitucionalismo otimizador e o constitucionalismo precaucionário. Posteriormente, será analisado se o alto grau de publicidade do Supremo Tribunal Federal se trata de instrumento precaucionário utilizado no direito público para gerir riscos políticos atinentes à atuação dos ministros do STF, quais sejam o autointeresse e a *accountability*. Por fim, será verificada a relação desse instrumento com o caráter deliberacional da Corte.

2.1 Definindo Riscos

Risco de forma simplificada, conforme o proposto por Adrian Vermeule, inclui três diferentes conceitos, são eles a ignorância, a incerteza e o risco *stricto sensu*. De forma mais rigorosa, pode-se dizer que este último diz respeito a um conjunto de resultados que podem ser especificados havendo uma consequência útil em cada opção, com uma probabilidade estimada de materialização. Já na incerteza encontra-se um conjunto de resultados que também pode ser especificado e, em cada opção, há uma consequência útil, mas a probabilidade de materialização não pode ser estimada. E por fim, a ignorância ocorre quando nem o número nem a natureza dos resultados são conhecidos, assim como suas respectivas consequências úteis e probabilidade de materialização⁸⁵.

Vermeule aborda os riscos políticos, utilizando tanto interpretações de incerteza, quanto análises de risco. Partindo-se de uma perspectiva precaucionária, no primeiro caso poderiam ocorrer estratégias *maximin*, ou seja, em que se age para maximizar o mínimo de recompensa ou para materializar o melhor entre os piores cenários. Já no segundo caso, é possível que ocorram efeitos da aversão à perda, o que resultaria em perdas superestimadas para resultados apenas ruins e ganhos superestimados para resultados meramente bons⁸⁶.

Sunstein por outro lado diferencia apenas riscos de incerteza, afirmando que em alguns momentos se está agindo em situação de risco, em que as probabilidades podem ser identificadas de alguma forma; o que seria preferível em comparação a uma situação de

⁸⁵VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 06.

⁸⁶Ibidem, p. 07.

incerteza, em que essas probabilidades não são possíveis de identificar⁸⁷.

O primeiro passo para compreender o tipo de riscos que aqui se pretende analisar, ou seja, é diferenciar riscos de primeira ordem de riscos de segunda ordem. Os riscos de primeira ordem derivam da conduta humana de forma intencional ou não, ou da interação da conduta humana com forças da natureza, são os enfrentados pelo direito administrativo-regulatório. Já os riscos de segunda ordem advêm do próprio *design* das instituições, da alocação de poderes e das escolhas dos oficiais que ocupam instituições, esses são enfrentados pelo direito constitucional, e são esses os analisados aqui⁸⁸.

Para Vermeule, os reguladores de riscos não são apenas os constituintes originários, mas também todos os que produzem normas constitucionais e as interpretam e implementam. Eles devem avaliar e de alguma forma comparar e balancear os prós e contras de diferentes *designs* institucionais, sendo estas, o tipo de questões consignadas pela análise de riscos⁸⁹.

2.2. O Constitucionalismo Precaucionário

Teóricos desse posicionamento defendem que regras constitucionais devem garantir precauções contra riscos da ação de agentes, que podem abusar de seu poder, ou seja, realizar notória transgressão de limites de autorizações constitucionais ou estatutárias. O ônus da incerteza recairia sobre agentes públicos, mais propensos a provocar crueldade, indignidade e outras ofensas do que bem-estar humano, liberdade ou justiça. Aqui o *design* de instituições buscaria evitar os piores cenários⁹⁰.

A fim de basear sua teoria, Vermeule afirma que a separação de poderes foi profundamente comprometida pelo Estado Administrativo, mas por boas razões. Este teria enfrentado *tradeoffs* inevitáveis no clássico objetivo constitucional de reduzir o abuso de

⁸⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Precautionary Principle**. Em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

⁸⁸ VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 08

⁸⁹ Ibidem, p. 04-05.

⁹⁰ Idem, **Optimal Abuse of Power**. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=nulr>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

poder. A resposta tem sido tolerar uma certa quantidade de abuso por seus agentes como o resultado inevitável de um pacote de soluções que alcança outros objetivos estatais⁹¹. Nesse Estado Administrativo moderno há o desenvolvimento de uma perspectiva crítica à tradicional separação de poderes que restou denominada pós-madisonianismo.

A principal razão para a transformação de governos em um Estado Administrativo repousa na transformação no ambiente político, especialmente na economia, desde o século XVIII, que foi tão grande que querendo ou não o governo é forçado a se utilizar de mecanismos que deem agilidade principalmente ao Executivo, aceitando os riscos de erro e abuso. Nesse quadro, as questões de tempo e força das instituições forçam que se abra mão da qualidade da política por questões de oportunidade e tempo⁹².

Nesse Estado administrativo moderno há três problemas maiores que enfraquecem a visão precaucionaria. O primeiro é a custosa disposição de maquinário para prevenir o abuso, muitas vezes demandando inspetores e sanções penais, além do próprio maquinário construído para a fiscalização formado por agentes que também podem abusar de seu poder⁹³.

O segundo problema diz respeito à prevenção do abuso por agentes, que atrapalha o objetivo de produzir uma grande quantidade de bem-estar pelo Estado Administrativo, como questões relacionadas a segurança, saúde, educação, distribuição de renda, e esse abuso pode ocorrer tanto no âmbito público quanto privado. Nesse sentido, há atores econômicos atuando em interesse próprio, por exemplo, em setores complexos da economia. Finalmente, o terceiro problema corresponde à dificuldade que possui a teoria constitucional, demarcada desde sua origem por instituições clássicas como legislaturas eleitas e assembleias constituintes que perderam sua importância com o tempo por questões que envolvem tempo e eficiência. Atualmente, nossos governos são

⁹¹Ibidem.

⁹²Cf. POSNER, Erick; VERMEULE, Adrian, **The Executive Unbound**, New York, NY: Oxford University Press, 2011, p. 03-10.

⁹³Para um exemplo concreto do tipo de situação que Vermeule aponta nesse caso, confira-se as investigações no Tribunal de Contas do Rio de Janeiro (TCE-RJ) durante a operação da Polícia Federal Quinto do Ouro que apura desvios para favorecer membros da corte durante a gestão do ex-governador Sérgio Cabral (PMDB). Cf <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/alvos-de-operacao-contra-fraude-no-tribunal-de-contas-do-rj-sao-presos.ghml>. Acesso em: 04/05/17.

essencialmente burocracias, e essa conformação clássica tem pouca relação com as necessidades dessa nova realidade⁹⁴.

Esse princípio precaucionário poderia tomar uma forma mais forte ou mais fraca, representadas em um *continuum*. Não obstante a intensidade em que este princípio se apresenta, em qualquer grau encontra-se a mesma “raiz”, qual seja, o medo do abuso de poder por agentes públicos. Nesse último caso, o risco político deve ser observado a não ser que haja uma justificativa para que se parta de uma abordagem precaucionária⁹⁵.

Em uma primeira perspectiva, que Vermeule chama de constitucionalismo *maximin*, se acredita que havendo a possibilidade os agentes públicos abusarão de seus poderes, focando estritamente nos malefícios do pior cenário, deixando de lado a probabilidade de que isso aconteça. Sendo assim, tratam-se de resultados altamente improváveis que se materializados podem gerar grande prejuízo (*fat-tail risks*)⁹⁶.

Ainda, seria possível verificar uma abordagem não-precaucionária, que Vermeule chama de *maximax*, que representa um constitucionalismo que busca maximizar a recompensa do melhor caso, sendo dessa forma em grande medida utópica e extremamente otimista⁹⁷. Essa última perspectiva não é profundamente abordada nesse trabalho, mas ajuda na visualização dos extremos que ladeiam a proposta defendida por Vermeule que será apresentada a seguir.

De forma semelhante, Sunstein também enxerga gradações do princípio precaucionário. Assim, afirma que buscar definir este princípio leva a diversos conceitos que se encontram em uma gradação desde conceitos mais fortes ou mais fracos. No extremo de versões mais fracas, há sugestões de que a falta de evidências decisivas de prejuízo não devem ser a base para recusar regulação. No extremo mais forte, sugere que é importante formar uma margem de segurança em toda tomada de decisão e nesse sentido, o

⁹⁴ VERMEULE, Adrian, **Optimal Abuse of Power**. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=nulr>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 11.

⁹⁷ Ibidem, p. 12.

princípio precaucionário significa que ações devem ser tomadas para corrigir problemas logo que haja uma evidência de que prejuízos podem ocorrer e não depois de já consolidados. A crítica de Sunstein se funda na versão forte do princípio precaucionário, em que as chances de concretização de risco são apenas pequenas e especulativas e os custos da regulação são altos. A ideia de “risco possível” requer alguma plausibilidade científica, isso para impedir que riscos sejam escolhidos com base apenas em questões pessoais⁹⁸.

2.3 O Constitucionalismo Otimizador

Vermeule apresenta o Constitucionalismo otimizador como a “posição madura”, que defende que todos os riscos políticos importam, e que uma abordagem sistematicamente precaucionária baseada simplesmente na suspeita para a alocação constitucional de poderes é um erro. Sendo assim, busca compensar todos os riscos políticos relevantes buscando afastar-se de posicionamentos enviesados.

Essas precauções serão ineficientes se se basearem em diagnósticos preconceituosos das motivações dos agentes e depois simplesmente determinarem coerções, baseadas em espírito público ou limitações públicas, que são inconsistentes com as motivações expostas. As precauções devem ser “postas na balança” com os possíveis riscos oriundos do abuso. Ademais, essas precauções podem aumentar o risco que buscam prevenir⁹⁹.

Isso não quer dizer que toda e qualquer precaução constitucional seria inválida. Quando estas ocorrem naturalmente, como o produto de uma análise madura de todos os riscos políticos relevantes, pode ser que essas regras sejam a melhor resposta. Não obstante, como decorrência lógica do anteriormente dito, resta como ponto metodológico crucial, que não se adote uma abordagem precaucionária *a priori*.

Em casos em que se pode estar confiante de que os benefícios líquidos de uma

⁹⁸ SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Precautionary Principle**. Em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

⁹⁹ VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 11, p. 13.

reforma institucional serão positivos, deve-se possuir uma métrica comum a fim de comparar os custos e benefícios, o qual Vermeule chama de modelo de bem-estar. Em alguns momentos, não sempre, se terá um indício de que se está movendo na direção correta ou não, no âmbito dos possíveis desenhos institucionais, onde o sentido correto é em direção ao ponto onde já não é possível observar benefícios líquidos, ou seja, todos os melhoramentos possíveis já foram realizados¹⁰⁰.

Trata-se de um constitucionalismo otimizador no sentido de que se continua agindo para criar benefícios líquidos no espaço institucional até que os benefícios e custos marginais de novas ações tenham chegado à zero, ou muito próximos de zero.

No meio desse caminho pode haver falta de informações, e pode ser absolutamente obscuro se uma nova pequena ação no espaço institucional produzirá novos benefícios. Além disso, mesmo que se esteja certo de que novas pequenas ações não trarão novos benefícios, isso pode significar que chegou-se até um “*local maximum*”, ou seja, ao auge local de bem-estar, e não necessariamente a um “*global maximum*”, o *optimum* no sentido forte da palavra. Nesse último caso, pequenos movimentos não são suficientes, mas apenas grandes saltos, se for possível saber em que direção¹⁰¹. Nesse último caso, havendo conhecimento para tanto, ocorreria uma reforma muito maior, e não mais “pequenos ajustes” dentro do desenho estabelecido.

Isso não nega a coerência da ideia de otimização, apenas demonstra que otimizar sob condições de incerteza é difícil. O problema é informacional e não conceitual. Essa abordagem é pragmática, contingente e epistêmica¹⁰², ou seja, se baseia em experiências do caso concreto de forma realista. Se o que se busca é realizar ações de incremento, então se busca o “ótimo”, ainda que reconhecendo que sob a incerteza, nunca se saberá realmente quando ou se se chegou a ele. Sendo assim, no Estado Administrativo o abuso de poder não deve ser necessariamente levado a zero, mas otimizado, a fim de atender a certos fins desejáveis.

¹⁰⁰ VERMEULE, Adrian, **Optimal Abuse of Power**. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=nulr>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibidem.

2.3.1 Críticas ao Princípio Precaucionário

Mesmo ao tempo da Fundação, com relação aos Estados Unidos da América, havia muitas críticas ao constitucionalismo precaucionário. Ainda assim, merece reconhecimento a obra de Vermeule por sistematizar esses argumentos em quatro classes, adaptando um conjunto de categorias de análise de Albert Hirschman de retórica política, suplementada pela teoria do risco e regulação moderna.

Nesse sentido, Albert Hirschman aponta os principais meios de criticar o que chama de as três investidas “progressistas” sucessivas da história do sociólogo inglês T.H. Marshall sobre o “desenvolvimento da cidadania” no Ocidente¹⁰³, que culminam em três teses reativo-reacionárias, quais sejam, a tese de perversidade ou tese do efeito perverso, tese da futilidade e tese da ameaça.

De acordo com a tese da perversidade, qualquer ação proposital para melhorar um aspecto da ordem econômica, social ou política só serve para exacerbar a situação que se deseja remediar. A tese da futilidade sustenta que as tentativas de transformação social serão infrutíferas, que simplesmente não conseguirão “deixar uma marca”. Finalmente, a tese da ameaça argumenta que o custo da reforma ou mudança proposta é alto demais, pois coloca em perigo outra preciosa realização anterior. É claro que tais argumentos não são propriedade exclusiva dos “reacionários”. Podem ser invocados por qualquer grupo que se oponha ou tenha críticas a alguma nova política, proposta ou recentemente colocada em vigor¹⁰⁴.

Vermeule ao tomar essas categorias como fundamento, constrói seu constitucionalismo otimizador com base na classificação de quatro argumentos. O primeiro diz respeito ao argumento de futilidade. Nesse caso, haveria situações incompatíveis com os incentivos existentes. É o caso de quando se tenta limitar o poder de agentes ou instituições por precaução sem verificar que todos os estímulos recebidos por eles levam a sentido diverso do esperado, ou seja, os atores que se busca constanger terão incentivos para ignorar ou limitar as precauções pelas mesmas condições que basearam sua

¹⁰³Cf. T. H. Marshall, **Citizenship and social class**, Conferências Alfred Marshall, pronunciadas em 1949 na Cambridge University, in Marshall, Class, citizenship, and social development (Nova York, Doubleday, 1965)

¹⁰⁴HIRSCHMAN, Albert O. **A Retórica da Intransigência: perversidade, futilidade, ameaça** / Albert O. Hirschman: tradução Tomás Rosa Bueno. — São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 15-16

necessidade¹⁰⁵. Essas precauções são fúteis pois só existem no papel, uma vez que os agentes podem simplesmente ignorá-las. Não há mecanismo além do que está escrito que propicie a reivindicação desse compromisso.

Outro argumento apontado é o da Perversidade, que de forma simplificada pode ser visto como aquele em que a precaução tomada sobre um certo risco aumenta a chance de que ele ocorra. É possível observar essa classe em especial em culturas jurídicas que possuem um valor dominante¹⁰⁶. Esse valor é visto como algo tão essencial que não se torna inaceitável a realização de *tradeoffs* a fim de se obter outros bens também desejáveis. Dessa forma, o valor se volta contra ele mesmo¹⁰⁷.

Vermeule exemplifica essa classe com uma situação que envolve um valor sensível a qualquer governo democrático, a liberdade de expressão. Tratar a liberdade de expressão como um valor dominante na cultura jurídica norte-americana leva ao dilema de saber até que grau discursos intolerantes devem ser tolerados¹⁰⁸. Dessa forma, instituir a liberdade de expressão como um princípio superior e não suscetível a *tradeoffs* poderia levar os discursos intolerantes a conquistarem o regime político, e uma vez ocupada essa posição de poder, seria possível que a própria liberdade de expressão fosse extinta.

O argumento de ameaça (*jeopardy*) consiste na precaução máxima tomada quanto a um risco alvo capaz de criar ou aumentar outro risco com custos mais elevados¹⁰⁹. Essa classe de argumento se distingue da perversidade na medida em que o risco que é aumentado é distinto do risco alvo. Nesse caso, o que se precisa observar é que o grau ótimo desse risco alvo não é zero, tendo em vista a existência de um *tradeoff* entre valores distintos.

¹⁰⁵ VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 54.

¹⁰⁶ A título de exemplo, podemos dizer que nos Estados Unidos da América o princípio dominante seria a liberdade, enquanto no Brasil percebemos a construção de um pensamento ao redor do princípio da dignidade humana como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54 *et seq.*

¹⁰⁷ VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 63-64.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 68.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 58.

Assim sendo, é possível observar que, por exemplo, diante da necessidade de se precaver do risco de abuso de agentes na tomada de decisões adotando-se estratégias de transparência na atuação pública, estas restariam em conflito com a necessidade de deliberação entre esses agentes que estariam sujeitos à influência de agentes externos com interesses particulares desejosos de influenciar essas decisões ou mesmo às pressões sobre sua imagem causadas pela exposição durante o processo decisório.

Por fim, os argumentos de remediação *ex post* dizem respeito a precauções que podem ser reconhecidas e ainda assim não se materializar, o que permitiria tratar o risco posteriormente apenas se ele, de fato, se materializar, caso a caso. Seria um caso especial de argumento de ameaça¹¹⁰. À vista disso, se inverte a ideia que embasa o adágio que diz que “é melhor prevenir do que remediar” pelo simples fato de que pode ser menos custoso “remediar” do que “prevenir” o possível dano. Se, por exemplo, um agente realiza uma política inconstitucional, esta poderia ser remediada através de uma ação judicial, em vez de criar todo um aparato de fiscalização que seria muito custoso.

Ainda é importante salientar a crítica feita por Cass R. Sunstein ao afirmar que esse princípio pode se paralisador no sentido de que não oferece orientação, o que impede qualquer curso de ação, incluindo a escolha de não agir. Nesse sentido, como não é possível saber exatamente que caminho tomar, a escolha feita sob esse tipo de incerteza pode impedir que a sociedade ou aqueles que são diretamente afetados por essas escolhas recebam significantes benefícios. Em alguns casos, regulação impede a oportunidade de benefícios de um processo ou atividade¹¹¹.

2.3.2 A Posição Madura

Vermeule alega que Publius¹¹² e Joseph Story¹¹³ contribuíram para a formação da

¹¹⁰ VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 72.

¹¹¹ SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Precautionary Principle**. Em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

¹¹² THE FEDERALIST No. 41, Apud VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 76.

¹¹³ STORY, Joseph, Apud. Ibidem.

posição madura no direito constitucional ¹¹⁴. Contudo, esta construção deriva, especificamente, de duas premissas construídas por Hirschman ao afirmar que dos exageros e ilusões frequentes à retórica reacionária e progressista, seria possível derivar, em contraste com ambas, dois componentes dessa posição “madura”.

O primeiro diz respeito à ideia de que tanto riscos da ação quanto da omissão devem ser analisados e acautelados na medida do possível. O segundo indica que tanto as consequências dessas ações quanto das omissões não podem ser conhecidas com certeza. Ambos derivam das conclusões de Hirschman sobre as limitações das retóricas reacionária sob a cultura do imobilismo e progressista sob a visão de mudanças supostamente benéficas, tendo em vista que a primeira em geral leva em consideração apenas os riscos inerentes a ação, enquanto a segunda dá ênfase apenas aos riscos da omissão ¹¹⁵.

Dessa forma, o que se busca pode ser dividido em duas etapas simples, a primeira é a consideração de todos os riscos e alternativas relevantes, incluindo ação e omissão e não uma visão polarizada que enxerga apenas um ou outro risco. A segunda, a adoção de precauções justificadas em seu custo, considerando-se a compensação de riscos e objetivando o “ótimo”, não o “máximo”, levando em consideração as situações de incerteza que em geral são o objeto de regulação.

Essas etapas podem ser ainda ilustradas através de uma equação, em que o “ótimo” seria a maximização do resultado da diferença entre o risco alvo e os riscos equivalentes em um sistema regulatório ¹¹⁶. Sendo assim, ainda que a incerteza seja levada em consideração em outras formulações teóricas sobre riscos, o diferencial da posição “madura” está exatamente na importância conferida à possibilidade de *tradeoffs*, o que dá uma margem de movimentação mais acurada ao *designer* desse sistema que não se fecha em uma tendência de estagnação ou reação cega frente a problemas institucionais com resultados obscuros.

¹¹⁴VERMEULE, Adrian, op.cit, p. 77.

¹¹⁵HIRSCHMAN, Albert O. **A Retórica da Intransigência: perversidade, futilidade, ameaça** / Albert O. Hirschman: tradução Tomás Rosa Bueno. — São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 126-127.

¹¹⁶VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 76-77.

Não obstante, há que se deixar claro os limites dessa posição. Primeiramente, esta não necessariamente ocasiona a análise custo-benefício. O que a posição madura faz é apontar que em determinado caso concreto é possível levantar a existência de direitos de todos os lados da discussão. Como antes explicitado, tanto argumentos de ameaça quanto de perversidade apresentam a possibilidade de *tradeoffs*, sendo que no primeiro caso estes ocorrem entre princípios diferentes e no segundo entre versões do mesmo princípio em um *tradeoff* interno. Consequentemente, esta não exclui por si só uma decisão democrática inteiramente informada para partir de precauções “ótimas”. Ela sim exclui, quando esta decisão parte de precauções por razões equivocadas, ou ilegítimas¹¹⁷.

Ainda, quanto ao constitucionalismo *maximin*, que foca em resultados políticos altamente improváveis, mas que, caso se materializem, provocariam profundo prejuízo aos valores e bens constitucionais (*fat-tail risks*), este não gera uma reação particularmente meticulosa da “posição madura”. Isto porque as próprias estruturas constitucionais criadas para prevenir esses riscos podem criar uma chance remota de um resultado ainda mais danoso. Vermeule traz o exemplo do uso da separação entre os poderes a fim de se evitar a ditadura do executivo ou a tirania do legislativo. Assim conclui que, mesmo essa precaução pode gerar um resultado altamente improvável, mas que se ocorresse seria altamente danoso, qual seja, o próprio bloqueio da produção legislativa poderia gerar uma demanda pública reprimida por uma forte ação “extraconstitucional” do executivo, visto que em tempos de crise, o público pode demandar ou ao menos aceitar um ditador que consiga ultrapassar os obstáculos para uma reforma que garanta a sobrevivência da coletividade¹¹⁸.

Uma crítica feita à posição madura é a de que ainda que seja ideal balancear todos os riscos relevantes, os agentes reguladores ostentam vieses cognitivos e distorções motivacionais previsíveis que os farão tomar decisões sub-ótimas. Contudo, esse argumento replica o caráter unilateral do princípio precaucionário, já que na posição madura, essas distorções por parte dos tomadores de decisão seriam apenas outro tipo de risco possível. Sendo assim, não seria possível em abstrato avocar uma análise unilateral de tomadas de decisão realizadas de forma distorcida a fim de afirmar uma abordagem

¹¹⁷Ibidem, p. 79.

¹¹⁸VERMEULE, Adrian, **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014

precaucionária. A aplicação da posição madura ocorre no caso concreto e observando todos os riscos pertinentes ¹¹⁹. Além disso, a busca pelo “ótimo” não visa um estado absoluto de perfeição.

Quanto à alocação da competência daqueles que terão o poder de decisão, tendo em vista que a posição madura ao afirmar que se deve levar em consideração todos os riscos relevantes implica em um alto grau de generalidade, é compatível com uma vasta gama de atribuições e competências decisórias em instituições ¹²⁰.

Finalmente, Vermeule acredita que a posição madura possui um importante papel negativo no campo da regulação, *design* e interpretação constitucional, qual seja, coloca a existência de *tradeoffs* em destaque e assim exclui demandas irrestritas por “máxima segurança” contra riscos. O autor trata isso como um filtro que “peneira” certos tipos de argumentos e obsessões com riscos particulares. Dessa forma, pode servir como um valioso corretivo intelectual quando realiza esse posicionamento dos riscos antes que os *designers* ou intérpretes constitucionais ou até mesmo o público, que julga a ambos, tenha a oportunidade de decidir ¹²¹.

3. PRÁTICAS DECISÓRIAS, ASPECTOS ORGANIZACIONAIS E PROCEDIMENTAIS DO STF

Esta seção possui o papel de brevemente delimitar e apresentar o objeto desta pesquisa, qual seja, as práticas decisórias e aspectos organizacionais e procedimentais do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, aqui será demarcado primeiramente o “comportamento do tribunal” enquanto Corte Constitucional, levando em consideração que este é um modelo particular brasileiro e sendo assim, há uma certa dificuldade de estabelecer similaridades com outras Cortes a partir de um estudo comparado. Muitos fatores convergem para que o STF seja como é, como a quantidade de processos, o acúmulo de competência, questões de ativismo judicial – sem entrar no mérito de se é uma boa prática ou não – e isso contribui para que nosso desenho seja único, para o bem ou

¹¹⁹Ibidem, p. 80.

¹²⁰Ibidem, p. 84.

¹²¹Ibidem, p. 85-86.

para o mal.

Dessa forma, a análise que aqui se pretende fazer contribuirá para que seja realizada posteriormente uma análise que compreenda os parâmetros descritos nos capítulos anteriores, envolvendo uma avaliação de custo-benefício do desenho atualmente assentado na instituição. Isto visa possibilitar que no quarto capítulo se verifique como a deliberação e a transparência, enquanto instrumentos democráticos, interagem, ou não, nesse âmbito, ressaltando os possíveis riscos e *tradeoffs* nesse caso concreto.

3.1 Práticas Decisórias no STF

O formato que hoje alcançou o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do judiciário brasileiro, aliado ao modelo de controle difuso de constitucionalidade possui origem no arranjo constitucional da primeira República. Com a introdução de um mecanismo estruturado de controle concentrado de constitucionalidade em 1965, as competências da Corte abrangeram uma área ainda maior, assentando o controle misto atualmente exercido pelo Supremo¹²².

Nos últimos anos, o STF parece buscar a realização de certas mudanças internas. Talvez a mais importante diga respeito à redução dos processos que chegam ao tribunal. O maior exemplo atualmente é a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que trata da súmula vinculante e a cláusula de repercussão geral, mecanismos que possuem a clara finalidade de facilitar o julgamento do grande número de processos do Tribunal¹²³. Longe de discutir as divergências que pairam sobre esses institutos, esta é apenas uma amostra das pequenas reformas que estão sendo empreendidas no STF e que possuem a finalidade de controle de acervo.

Não obstante essa realidade, Marcos Paulo Veríssimo indica que o ponto chave para identificar o caso brasileiro como diferente dos demais, é o fato de essa ser a corte mais produtiva do País, quiçá do mundo quando se leva em consideração o número de casos

¹²²VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, 2008, p. 416.

¹²³Cf. nota de rodapé 20 do primeiro capítulo.

julgados ao ano por magistrado, principalmente. Isso, seria um traço particular que caracterizaria nosso desenho como um ativismo “à brasileira”¹²⁴.

Não obstante, a constituição trata o Supremo Tribunal Federal como um colegiado, e nesse sentido, não conferiu especificamente poder decisório a ministros individualmente, apenas à Corte. Dessa forma, compreende-se inclusive por inferência lógica, que a “guarda da constituição” é exercida pelo conjunto dos ministros reunidos em sessão¹²⁵. Entretanto, a prática do Tribunal tem sido outra. Algumas das decisões mais importantes de 2016 não vieram do plenário, e inclusive poucas foram realizadas no âmbito do colegiado, surgindo de ministros isolados¹²⁶.

Esse ano é exemplificativo desse fenômeno. A hipótese defendida até então era a de que o acúmulo de processos gerava o processo de individualização, sendo um remendo, ou estratégia prevista no Regimento Interno do Tribunal a fim de que fosse possível lidar com esse problema. Contudo, a utilização de votos monocráticos por alguns autores tem sido vista como um comportamento político estratégico individual. Assim, as teses não são levadas ao colegiado, tendo o Ministro o controle individual sobre um determinado processo, apropriando-se de um poder institucional¹²⁷.

Dessa forma, parece que a preocupação dos ministros, não está somente na questão que envolve a quantidade de processos que chegam ao Tribunal, mas também na qualidade desses processos. Isso dá a impressão de que o STF cada vez mais se envolve em “casos

¹²⁴VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, 2008, p. 415.

¹²⁵FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. **Onze Supremos: Todos Contra o Plenário**. Em: <https://jota.info/especiais/onze-supremos-todos-contra-o-plenario-01022017>. Acesso em: 20 de março de 2017.

¹²⁶Exemplos claros do exposto são a suspensão da nomeação de Lula como ministro-chefe da Casa Civil do governo de Dilma Rousseff, tomada solitariamente pelo ministro Gilmar Mendes e a decisão monocrática do ministro Teori Zavascki sobre o pedido cautelar da PGR que afastou Cunha por tempo indeterminado. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. **Mendes e Lula: Uma Liminar Contra o Plenário do Supremo**. Em: <https://jota.info/colunas/supra/mendes-e-lula-uma-liminar-contra-o-plenario-do-supremo-21032016> e PEREIRA, Thomaz. **O Xadrez de Zavascki: Supremo dá um Passo para Afastar Cunha**. Em: <https://jota.info/colunas/supra/o-xadrez-de-zavascki-supremo-da-um-passo-para-afastar-cunha-02032016>. Acesso em 20 de março de 2017

¹²⁷FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. **Onze Supremos: Todos Contra o Plenário**. Em: <https://jota.info/especiais/onze-supremos-todos-contra-o-plenario-01022017>. Acesso em: 20 de março de 2017

difíceis”, pois os ministros parecem buscar maiores efeitos às suas decisões, transformando-as em casos paradigmáticos que possam gerar vinculação no futuro. Certamente, essa não é uma iniciativa apenas dos ministros. Para a formação desse tipo de caso são necessários fatores exógenos, como interesse social pelo tema, mídia, e o engajamento dos demais poderes no mesmo assunto¹²⁸.

Assim, verificam-se duas formas de decidir no STF. A primeira, em casos repetitivos ou recorrentes, quando a matéria é entendida como “não tão complexa”, em que decisões podem ser proferidas por meio de um “filtro” com o objetivo de controle quantitativo dos casos que chegam ao tribunal. A segunda, são os julgamentos de casos emblemáticos, mais sensíveis e complexos, demandando um trabalho argumentativo mais elaborado por parte dos ministros, geralmente presentes nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. Este último se aproxima mais do papel de uma Corte Constitucional¹²⁹.

Este trabalho concentra-se no processo decisório exercido pelo STF apenas no que se refere a essa segunda forma de decisão, pois esta parece ser a que mais levanta discussões sobre a legitimidade do Tribunal. Percebe-se que atualmente a instituição conquistou lugar cativo na mídia, algo que não parece ter volta, tornando-se um ator político importante não apenas pelos efeitos de suas decisões em outras esferas de poder, mas também por questões de representatividade e interesse social que giram em torno desses casos.

Tendo em vista a complexidade e o inerente alto grau de penetração social que os temas tratados em geral possuem, certas medidas são tomadas a fim de demonstrar e assegurar um grau maior de legitimidade. A forma que vem sendo encontrada para garantir isso se pauta na realização de audiências públicas, a presença da figura do *amicus curiae*¹³⁰,

¹²⁸VOJVODIC, Adriana de Moraes e outros. **Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF**. Em: Revista Direito GV, São Paulo 5(1), Jan-Jun 2009, p. 21-44.

¹²⁹Ibidem.

¹³⁰As audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, conforme o previsto nos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. A primeira audiência pública foi realizada no âmbito do Supremo em abril de 2007, sendo convocada pelo então relator Ministro Ayres Britto no âmbito da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Já o *Amicus Curiae* é meio de intervenção assistencial em processos de

pedidos de vista que permitam análise detalhada do caso, votos extensos, realização de audiências informais com grupos interessados, entrevistas que antecipam os votos dos ministros e seus posicionamentos, entre outras. Além disso, toda a atuação do tribunal é transmitida ao vivo, inclusive os links para a íntegra dos votos são divulgados antes da publicação dos acórdãos¹³¹.

No entanto, ainda que a transparência seja um bom meio de legitimação, a falta de uma análise mais acurada do processo decisório e da própria existência de riscos e *tradeoffs* pode gerar certos enganos sobre a existência de riscos. Estes podem ser simplesmente ignorados, ou gerar uma discussão polarizada. Contudo, como visto anteriormente, um desenho institucional “ótimo” pode ser identificado em algum ponto de um *continuum* e não apenas em seus extremos.

Ainda que sejam muito positivas as iniciativas que o Supremo tem tomado no sentido de criar um diálogo com a sociedade, seja por meio da publicidade de suas decisões, seja por permitir a assistência de representantes como no caso das audiências públicas e do *amicus curiae*, resta conseguir empregar o diálogo entre os próprios ministros como forma de garantir que as decisões do supremo tomem as proporções que tanto os ministros como a própria sociedade espera. Sendo assim, mesmo que a deliberação externa dos ministros tenha um papel social legitimador da Corte e seja uma garantia democrática, não há óbice em uma transparência seletiva que resguarde também outros valores e uma deliberação interna.

Marco Veríssimo indica situação interessante. Nos países do sistema de *civil law* não há a cultura do *stare decisis* ou a vinculação do precedente. Especificamente nos casos de controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, nos casos que em geral o STF decide

controle concentrado de constitucionalidade por pessoa que tenha representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional, em casos de relevante interesse social ou que envolvam valores essenciais de grupos ou classes sociais. Essa atuação, ainda que não seja como parte do processo, mas como terceiro interessado possibilita a análise de informações importantes para a solução da controvérsia, seja por depoimentos, por meio de pareceres, experiências, artigos, memoriais, entre outros. Isso permite que a Corte decida as causas com o máximo conhecimento das implicações de um determinado processo. Em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>

¹³¹VOJVODIC, Adriana de Moraes e outros. **Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF**. Em: Revista Direito GV, São Paulo 5(1), Jan-Jun 2009, p. 21-44.

temas de grande relevo, complexos e possivelmente paradigmáticos, exigir julgamentos repetitivos para que o entendimento do tribunal possa se tornar vinculante por meio de súmula não faz sentido. O que distingue uma corte constitucional é o fato de ela estar incumbida de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional, e de suas decisões serem vinculantes¹³².

Dessa forma, percebe-se uma atuação exígua do STF ao exercer esse papel, ao restringir a vinculação da decisão da corte apenas ao dispositivo e não aos motivos que fundamentam essa decisão. Ainda, como uma decisão da qual não é possível se extrair uma *ratio decidendi* clara, mas onze, pode vincular a instituição e não apenas os votos dos ministros? Talvez a voz dos ministros seja ouvida, mas não a “voz da corte”.

Isso não significa que a formatação mista de nosso desenho institucional seja uma patologia em si, ou que apenas uma grande reforma que atenda a um dos grandes modelos – *civil law* ou *common law* – de forma pura conseguirá solucionar os problemas que temos. O hibridismo, atualmente aparece em diversos arranjos institucionais de controle de constitucionalidade¹³³.

O que esse trabalho aponta é, inclusive, a possibilidade de uma variedade de desenhos institucionais que podem ser obtidos até mesmo a partir de reformas em pequena escala. Ainda, não há nenhuma intenção de restringir os problemas enfrentados pelo STF no que diz respeito à deliberação somente a efeitos da transparência. É certo que existem outros fatores determinantes para que o desenho atual seja como é, contudo, aqui defende-se que este ponto é relevante ao ponto de dever ser levado em consideração.

Sendo assim, decisões sem um diálogo satisfatório no âmbito do colegiado¹³⁴ e das

¹³²VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, 2008, p. 423.

¹³³Ibidem, p. 426.

¹³⁴Há realmente uma grande dificuldade em definir o que seria um diálogo satisfatório. Contudo, fazendo uma analogia com a medicina, seria possível identificar a doença a partir de seus sintomas. Assim, de consequências visíveis de problemas deliberacionais, como as demonstradas anteriormente (individualismos dos ministros, acórdãos que não representam uma posição da Corte, entre outros) é possível perceber que o atual modelo deliberacional no Supremo não é plenamente satisfatório e possui margem para otimização.

questões aqui especificamente trabalhadas, não possuem o condão de criar segurança jurídica. Como consequência, a influência das decisões do STF sobre tribunais inferiores, ou mesmo a clareza da resposta que a instituição dá aos jurisdicionados e operadores do direito, restam prejudicadas. Ainda que este trabalho não discuta especificamente essas questões, ou mesmo não vise iniciar uma análise pormenorizada e específica sobre isso, estes podem ser apontadas como riscos a favor da existência de deliberação no contexto do processo decisório no STF sendo esta uma possível fonte de legitimidade e otimização.

Outra questão, que inclusive já foi abordada no transcorrer desse trabalho, é a de que quando os ministros antecipam seus votos ao oferecer entrevistas que adiantam seu posicionamento, ou mesmo disponibilizando *links* para a íntegra dos votos antes da publicação dos acórdãos, a possibilidade de um diálogo que realmente exerça algum poder de influência sobre a formação de seu convencimento e dos demais pode diminuir consideravelmente. Fica claro que não há inclinação a buscar uma resposta que envolva a reunião das informações trazidas por todos ao colegiado a fim de gerar consenso.

Luís Roberto Barroso defende a existência de três papéis a serem exercidos por uma Corte Constitucional¹³⁵. O primeiro é o contramajoritário, que é o poder de invalidar leis e atos normativos emanados pelo Legislativo e Executivo, atuando em nome da Constituição a fim de que tanto o sistema democrático quanto os direitos fundamentais sejam resguardados, ainda que em contraposição à vontade da maioria encarnada nos representantes eleitos.

O segundo trata da representatividade, no sentido de atendimento a demandas sociais não atendidas em tempo pelo Legislativo, ou integração da ordem jurídica quando o legislador for omissor. Finalmente, o terceiro papel seria o iluminista, em que a Corte promove avanços civilizatórios baseada em valores racionais de forma excepcional e autocontida, decorrendo a legitimidade para o exercício desses papéis exatamente da

¹³⁵BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista. Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas**, disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

transparência de que é revestida a corte¹³⁶.

Contudo, a transparência não é um fator suficiente de legitimidade, principalmente quando o Supremo exerce um papel mais ativo, ou mesmo quando há um posicionamento polarizado da sociedade sobre o assunto em pauta na Corte. Nesses casos, é preciso uma resposta clara sobre o porquê da decisão, e nesse sentido uma deliberação somente externa não logra atingir os objetivos desejados.

3.1.1 Um Breve Estudo de Casos

No caso da ADI 3510¹³⁷, que tratava das pesquisas com células-tronco, cada ministro entre os votos vencidos previa uma condição diferente para que as pesquisas fossem permitidas, e com isso não havia comunicação entre os votos. Esses votos aditivos eram contabilizados como se defendessem a inconstitucionalidade das pesquisas. Contudo, a título de exemplo, o Ministro Cesar Peluso discordou da contabilização, afirmando que seu voto em essência era a favor, e ao fim o placar restou favorável a constitucionalidade da lei de forma incondicionada¹³⁸.

Já no julgamento sobre aborto de feto anencéfalo (ADPF 54¹³⁹), algo semelhante ocorreu. O relator ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido formulado na inicial, sem qualquer condição. Ao seu voto seguiram os Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Carmem Lúcia. No entanto, o quinto ministro a votar, Ricardo Lewandowski, votou pela improcedência, afirmando que a Corte se assim o fizesse elaboraria uma norma abstrata autorizadora, usurpando competência privativa do Congresso Nacional. No entanto, em seu voto deixa claro que acredita que a

¹³⁶Ibidem

¹³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJ, 27 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>

¹³⁸VOJVODIC ,Adriana de Moraes e outros. **Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF**. Revista Direito GV, São Paulo 5(1), Jan-Jun 2009, p. 25-26.

¹³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. DJ, 31 de agosto de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>

“incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”, resguardando o tema à regulação devido à existência de vários graus de anencefalia e a complexidade do tema.

Nos votos seguintes, tanto o Ministro Gilmar Mendes quanto Celso de Mello votaram pela procedência com condições distintas. E por fim Cezar Peluso votou como o Ministro Ricardo Lewandowski pela improcedência, contudo, seu argumento era o de que se transformaria a vida em direito disponível ao se permitir o aborto. Este julgamento também teve placar apertado de cinco contra quatro, visto que o ministro Dias Toffoli estava impedido. Interessante apontar que o ministro Lewandowski afirmou que não mudou sua posição tendo em vista que não haveria maioria para que fosse realizada a modulação pretendida pelas condições ao aborto de feto anencéfalo.

Em debate, o ministro Ricardo Lewandowski aponta que embora vencido quanto a improcedência, possui uma posição intermediária, pois acredita que um mal menor para a sociedade seria estabelecer condições a esse caso específico de aborto, como pretendiam os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Ao que o ministro Luiz Fux respondeu que, por uma questão formal processual, uma vez vencido na preliminar e pronunciando-se sobre o mérito, é irretratável a decisão do julgador, e por esse motivo, só deveria votar sobre a modulação da decisão quem julgou o mérito.

Portanto, sem querer tornar absoluta a análise desse caso específico, com base neste debate seria possível afirmar que o que ocorreria na sessão não é propriamente uma deliberação, mas o agregamento de votos individuais com base na opinião majoritária. Aqueles que são voto vencido ou concorrentes acabam tendo suas posições descartadas na discussão do caso.

O ministro Cezar Peluso, então presidente do Supremo, respondeu a esta afirmação dizendo que se quisesse, o ministro Lewandowski poderia inclusive julgar procedente a ação, ao que insistiu o ministro Luiz Fux que não é possível voto subsidiário, que julgamento judicial condicional não existe. Por fim, o ministro Cezar Peluso afirma que acredita que não deveria votar sobre a questão da modulação sendo ele voto vencido.

Da análise desse caso particular, é possível notar que há uma confusão no colegiado entre qual seria o momento de discussão das questões afetas ao caso, e o momento propriamente de decisão. Parece que ambos foram fundidos em um único momento de apresentação de votos.

Ressalte-se que falta de uma interpretação uníssona pela Corte recentemente levou à sustentação pelo STF do não cabimento de reclamação com base no argumento de que a decisão impugnada violou os motivos expostos em acórdão do Supremo, ainda que este tenha caráter vinculante. Dessa forma, o STF não admite a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, ainda que o acórdão tenha caráter vinculante, pois não é possível retirar do conteúdo de suas decisões uma “voz da Corte” capaz de indicar uma tese jurídica única a ser adotada¹⁴⁰.

Desse exemplo, é possível extrair conclusões como a de que talvez a mensagem que o STF passa a partir de suas decisões não seja tão clara e extensiva quanto se espera, mesmo que notadamente difundida pelos mais diversos meios. Ainda, a de que a Corte em alguns, talvez muitos casos, não tem conseguido estabelecer decisões que realmente vinculem aqueles que estão sob seu campo de influência (tribunais inferiores, advogados) determinando a tese jurídica a ser seguida em casos semelhantes.

Cabe aqui questionar que tipo de processo decisório o STF exerce. Resta claro pelos exemplos acima expostos, que os ministros podem confundir o processo decisório com a própria decisão do caso. Como não há uma exposição prévia de todos os pontos de vista, apenas votos realizados de forma individual, certos pontos não são discutidos como se deve, e aqueles que tem seus votos vencidos podem ser excluídos de outras questões que tangenciam o mesmo tema, mas que não foram expostas anteriormente.

3.2 Mecanismos de Transparência no Supremo Tribunal

Não obstante a existência de outros mecanismos de transparência no STF, o presente

¹⁴⁰Cf. nota de rodapé 20 do primeiro capítulo

trabalho põe foco na discussão que envolve a transmissão ao vivo pela TV Justiça das sessões colegiadas do STF. Isso porque embora não seja o único instrumento, é o mais relevante, não sendo possível discutir neste trabalho os demais meios.

A Lei Federal n. 10.461¹⁴¹ a partir de 2002 previu a reserva de um canal de TV a cabo a fim de que fosse realizado o televisionamento de programas voltados à atividade do Poder Judiciário, englobando programas educativos que tratam de direito, notícias, sociedade, cultura, entrevistas, e transmissão de sessões do judiciário. Por conseguinte, embora a questão mais controversa envolvendo a TV Justiça seja exatamente o televisionamento de julgamentos, este definitivamente não é seu único papel, sendo um canal a disposição do cidadão e dos operadores do direito em muitas outras vertentes. De acordo com o STF.

A TV Justiça é um canal de televisão público de caráter institucional administrado pelo Supremo Tribunal Federal e tem como propósito ser um espaço de comunicação e aproximação entre os cidadãos e o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia. Além de preencher uma lacuna deixada pelas emissoras comerciais em relação às notícias ligadas às questões judiciais, o trabalho da emissora é desenvolvido na perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões. A emissora tem como principal objetivo conscientizar a sociedade brasileira em favor da independência do Judiciário, da justiça, da ética, da democracia e do desenvolvimento social e proporcionar às pessoas o conhecimento sobre seus direitos e deveres¹⁴².

Importante notar que embora tenha sido um importante passo do ponto de vista democrático com aptidão para criar importantes mudanças institucionais, principalmente no STF, não há registro de debates relevantes que considerassem prós e contras de sua implementação. Sendo uma medida tomada amplamente com base em argumentos apriorísticos.

Inclusive aponta Felipe Fonte que o projeto de Chiquinho Feitosa autuado como PL n.

¹⁴¹BRASIL. Lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002. Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20 mai. 2002. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹⁴²Portal do Supremo Tribunal Federal. Em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=noticiaNoticiaTvJustica>. Acesso em: 10 de julho de 2016.

6.059/2002 foi aprovado em tempo recorde para os padrões brasileiros, sendo defendido pelo Ministro Marco Aurélio que ao tempo do sancionamento ocupava a Presidência por razão da ausência de todas as demais autoridades previstas na linha sucessória presidencial¹⁴³.

O canal começou a operar em 11 de agosto de 2002, transmitindo as sessões do plenário do Supremo Tribunal Federal. As exceções são as duas turmas do Supremo, que como se reúnem ao mesmo tempo apresentam um problema logístico ao televisionamento, visto que há apenas um canal para a transmissão e as demais exceções consistem nas sessões administrativas do Tribunal e o plenário virtual, visto que ocorre em meio eletrônico, não sendo possível a sua transmissão.

Felipe Fonte indica que o televisionamento de julgamentos não é uma exclusividade brasileira, e que diversos sistemas o redor do mundo já realizaram ao menos experimentos de transmissão. Dessa forma, escolheu para análise países que tivessem familiaridade com o sistema jurídico brasileiro e que houvesse disponibilidade de materiais para consulta. Entre os países estudados estão os EUA, Reino Unido, Canadá, México e Tribunais Internacionais. Suas conclusões parciais indicam que a preocupação maior está no televisionamento em julgamentos de primeiro grau, e não no televisionamento em tribunais, dessa forma haveria uma distinção importante quanto ao televisionamento de teses e de casos. Além disso, os casos estudados apontariam que o uso de televisionamento não está pautado na liberdade de imprensa ou expressão, mas no dever de transparência relacionado a valores democráticos¹⁴⁴.

A fim de testar empiricamente a hipótese aventada por outros autores de que o televisionamento dos julgamentos influenciaria no tamanho dos votos dos ministros deixando-os maiores, Felipe Fonte apurou quantitativamente o impacto da TV Justiça nos julgamentos do Supremo. Dessa forma, separou a atuação da Corte em dois períodos: de 1990 a 2002 e de 2003 a 2011. Os indicadores escolhidos foram a extensão dos acórdãos proferidos em ações diretas de constitucionalidade; a quantidade de acórdãos publicados

¹⁴³FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016.

¹⁴⁴Ibidem, p. 41-75.

nos períodos indicados; e o total de decisões individuais coletivas. A fim de corroborar com o rigor metodológico da pesquisa, o autor apresenta ainda um grupo de controle que analisa a produção do STF em *Habeas Corpus*. Isto porque para ele o julgamento realizado pelas turmas parece ser a melhor escolha, visto que são realizados sem a presença de câmeras. Além disso, *Habeas Corpus*, pelo tipo de direito tutelado, são uma classe processual em que haveria uma preocupação maior com o conteúdo dos votos, além da estabilidade das hipóteses de seu cabimento e processamento se mantido estáveis nos últimos anos¹⁴⁵.

As conclusões referentes à análise dos dados empíricos indicaram que o plenário passou a julgar menos, embora tenha sido compensado por um forte aumento na produção individual dos Ministros. Ademais, aponta que houve inequívoco aumento na extensão dos votos nos casos relevantes (na pesquisa representado pelas ADI). Embora essa expansão também tenha sido observada no *Habeas Corpus*, o crescimento dos votos nas ADI é o dobro do verificado no remédio constitucional, isso permite concluir que o televisionamento teve ao menos algum impacto no tamanho dos votos proferidos pelo Supremo, ainda que não seja o único fator¹⁴⁶.

4 UM ESTUDO CRÍTICO OTIMIZADOR

A partir da ideia de que existem riscos associados à transparência e estes não devem ser ignorados, mas levados em conta quando da realização de um desenho institucional “ótimo”, este capítulo propõe-se a apontar como os mecanismos de transparência na Corte, especificamente as sessões transmitidas ao vivo, podem ter sido estabelecidos com base em uma visão precaucionária, tal qual descrita por Vermeule. Nesse sentido, a visão focada na necessidade de *accountability* pelos ministros, pode ter levado a aumentar os graus de transparência na instituição, sob a possibilidade de arriscar a existência de deliberação enquanto processo decisório encampado pela Corte, sendo este um valor democrático

¹⁴⁵FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016, p. 119-131. Confirma-se ainda o artigo também publicado pelo autor: FONTE, Felipe. **O Supremo Tribunal Antes de Depois da TV Justiça: Rumo à Sociedade Aberta de Telespectadores?** Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

¹⁴⁶Ibidem, p.132.

igualmente desejável.

Ademais, será defendido que esta trata-se de hipótese de argumento precaucionário que se insere na categoria “ameaça” (*jeopardy*), visto que trata-se de *tradeoff* entre dois princípios distintos (transparência e deliberação), consistindo em precaução máxima quanto a um risco alvo (autointeresse) capaz de criar ou aumentar outro risco (enfraquecimento do processo decisório deliberacional), com custos mais elevados, qual seja, o risco de criar um deficit de deliberação no colegiado que ainda arrisca a legitimidade das decisões do STF, principalmente dos casos paradigmáticos, mais complexos.

4.1 A Lei Ordinária n. 10.461/2002

É cediço que o legislativo também possui formas de publicizar sua atuação. Nesse sentido, podemos citar como exemplos a TV Câmara e a TV Senado. Este foi um dos argumentos levantados quando da aprovação do PL 6.059/2000, posterior Lei Ordinária n. 10.461/2002¹⁴⁷, de autoria de Chiquinho Feitosa que incluiu canal reservado ao Supremo Tribunal Federal.

O Poder Executivo e o Poder Legislativo contam com estruturas para divulgação de suas atividades pela televisão, meio de comunicação de maior alcance no Brasil de hoje. A Radiobrás, a TV Senado e a TV Câmara cumprem a função de informar a população sobre a atuação desses Poderes. (...) Da mesma forma, propõe-se a destinação de um canal para documentação dos trabalhos do Poder Judiciário e das funções definidas pela Constituição Federal como essenciais à Justiça¹⁴⁸.

Contudo, como já exposto no primeiro capítulo deste trabalho ao tratar do valor deliberação e especificamente como cortes decidem em comparação com o legislativo, temos que os objetivos nessas instituições são distintos, diferenciando-se um do outro pela adoção de um caráter de colegialidade ou de adversariedade. Não cabe, portanto, buscar

¹⁴⁷BRASIL. Lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002. Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20 mai. 2002. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹⁴⁸Justificativa do autor do PL 6.059/2000, Chiquinho Feitosa no Diário da Câmara dos Deputados, ano LVII, nº 10, sábado, 2 de março de 2001, Brasília – DF, 05331.

um desenho institucional abstratamente como se aplicável a toda e qualquer instituição. A justificativa realizada por Chiquinho Feitosa segue com base na publicidade encampada pela Constituição Federal.

Levar ao público o trabalho da Justiça é cumprir a Constituição Federal. O inciso IX do artigo 93 preceitua que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, excetuados poucos casos cobertos por segredo de justiça. Destaque-se que o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais visa garantir que se esgotem os meios e os recursos para viabilizar o exercício do direito de defesa pelos cidadãos¹⁴⁹.

O tratamento do tema no Senado foi semelhante. A discussão em turno único e em regime de urgência teve acalorada defesa do Senador Juvêncio da Fonseca que afirmou que ratificava o parecer favorável ao projeto do Senador Lúcio Alcântara, afirmando que em sua ausência opinava favoravelmente à aprovação do projeto, tendo em vista que o referido Canal possuiria grandes objetivos, dentre os quais a publicidade dos trabalhos do Supremo enquanto forma de consolidação da democracia e sua função didática voltada para os estudantes, professores, juízes, desembargadores e ministros que teriam em casa acesso aos trabalhos do Supremo¹⁵⁰.

Não obstante, ainda que se leve em consideração a afirmação feita pela própria Constituição da República em seu art. 93, IX de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”, isso não significa uma publicidade imediata e absoluta como a atual. A Transparência seletiva já exposta no decorrer desse texto possui a mesma capacidade legitimadora que a atualmente empregada, com o bônus de permitir o espaço de deliberação interna pelos Ministros, outro valor que como vimos é igualmente desejável, sendo, portanto, constitucional.

Dessa forma, anseios democráticos que se buscava concretizar com a TV Justiça podem ser otimizados com a busca por um modelo baseado na “posição madura”. Percebe-se uma preocupação com *accountability* com relação aos ministros quando dá consecução

¹⁴⁹Ibidem.

¹⁵⁰ Diário do Senado Federal, sexta-feira, 19 de abril de 2002, Brasília – DF, 0537. Em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=19/04/2002&paginaDireta=05037>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

do projeto de lei que deu origem à TV Justiça, no sentido de possibilidade de responsabilização e prestação de contas dos atos praticados no âmbito do Supremo. Interessante notar que os argumentos se restringiram a afirmações apriorísticas, semelhante a uma das formas de aplicação do princípio precaucionário sustentada por Sunstein, visto que ignora parcialmente informações sobre determinada situação, apegando-se a riscos já conhecidos já cognitivamente disponíveis, enquanto outros possíveis riscos não¹⁵¹.

Há relação com o argumento ameaça (*jeopardy*) de Vermeule no sentido de que se trata de uma precaução máxima tomada quanto a um risco alvo capaz de criar ou aumentar outro risco com custos mais elevados¹⁵², tendo em vista a existência de um *tradeoff* entre valores distintos. Assim diante da necessidade de se precaver do risco de abuso de agentes na tomada de decisões pela transparência há conflito com deliberação, como já foi discutido nesse trabalho.

Inclusive, o argumento da importância didática da transparência não deve ser ignorada, e é fortemente sustentado por Felipe Fonte, que busca indicar a importância da relação entre tribunal e público, o que necessariamente ocorre no âmbito da transparência. O público seria o novo auditório do Tribunal e essa relação se daria de forma a criar um papel pedagógico para a Corte, e legitimatório na medida em que haveria uma certa sensibilidade com relação à opinião pública¹⁵³. A questão aqui empreendida é que este argumento não deve ser observado isoladamente a fim de que seja possível a otimização de um desenho institucional.

4.2 Críticas Doutrinárias

Felipe Melo Fonte publicou recentemente trabalho que muito agrega ao presente debate, trazendo um panorama da discussão. Apesar de afirmar que o televisionamento das sessões do plenário não são as únicas responsáveis pelos problemas deliberacionais no STF,

¹⁵¹ SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Precautionary Principle**. Em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

¹⁵² Ibidem, p. 58.

¹⁵³ FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016, p. 156-159.

nem ele consegue afirmar conclusivamente a inexistência de certos riscos nesse contexto¹⁵⁴. O livro busca justificar a transparência no que se refere a transmissão ao vivo dos julgamentos, com base nos efeitos positivos que acarretam em uma dimensão social e democrática. Nesse sentido, afirma que a publicidade dos julgamentos possui uma função pedagógica. Neste capítulo, o que se busca é aprimorar com base no constitucionalismo otimizador os argumentos trazidos por Felipe Fontes e mesmo por Virgílio Afonso Silva¹⁵⁵, que parecem ser no Brasil dois dos grandes defensores e opositores, respectivamente, do telejulgamento das sessões do STF.

Lewis Kornhauser aponta que Cortes majoritárias produzem uma opinião com base nos votos da maioria, mas não necessariamente todos da maioria concordam com as razões encampadas, e dessa forma o Tribunal cria direito de forma ambígua. Assim, afirma que Cortes *seriatim*, podem ser entendidas como aquelas em que são agregadas posições individuais de cada membro do colegiado, enquanto uma Corte *per curiam* pode ser entendida como aquela que possui elementos de consenso¹⁵⁶. Longe de delimitar o desenho do Supremo Tribunal Federal a uma forma pura de um desses dois sistemas, esse é apenas um apontamento necessário à argumentação.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, e de forma bastante resumida, depois que o argumento oral é ouvido, a Corte se reúne e nesse momento cada *justice* faz um anúncio não-vinculativo de seu voto. Depois disso, o *Justice* mais velho da posição majoritária designa um membro dessa maioria para escrever a opinião majoritária, criando uma opinião que deve induzir que outros *Justices* e os que votaram concorrentemente também participem. O objetivo é aproximar as razões defendidas pelos membros do colegiado. Por outro lado, a prática *seriatim* acaba excluindo os votos minoritários, e dependendo do caso, também os concorrentes¹⁵⁷.

¹⁵⁴Ibidem, p. 154-155.

¹⁵⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso. **Deciding Without Deliberating**. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

¹⁵⁶KORNHAUSER, Lewis. **Deciding Together**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015.. p. 53.

¹⁵⁷KORNHAUSER, Lewis. **Deciding Together**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015. p. 54-57.

Percebemos certa dificuldade no desenho brasileiro quando analisamos a discussão sobre a concorrência dos votos e quem deveria participar de sua conformação no curso julgamento sobre aborto de feto anencéfalo (ADPF 54), discutido no item 3.1.1 deste trabalho. Nesta oportunidade foi possível perceber o que parece ser uma confusão no colegiado entre qual seria o momento de deliberação sobre o caso e o momento propriamente de decisão.

Uma consequência do atual desenho também foi observada por Felipe Fonte, ao afirmar que ainda que a expectativa fosse que os votos diminuíssem de tamanho conforme a jurisprudência e precedentes do tribunal se consolidassem, fatores ambientais podem ter contribuído para que isso ocorresse. Cabe o questionamento, assim como o próprio autor sinaliza, se isso se explica apenas pela complexidade dos fatos tratados no âmbito da Corte, ou se a publicidade das sessões também possui influência. Como visto, há grandes motivos para acreditar que sim. Em suma, os dados demonstraram que houve um crescimento nos votos monocráticos, os votos estão mais extensos e há menos colegialidade¹⁵⁸, o que pode ter como um dos fatores o televisionamento.

Se o que se quer é que a Corte como um todo desenvolva de forma coerente direitos e princípios, estabelecer algum tipo de consenso entre seus membros parece uma proposta melhor que o simples procedimento de contar votos. A forma como isso se dá não precisa guardar pleno segredo, como ocorre no modelo americano. Mais uma vez, é preciso lembrar que as possibilidades de desenhos institucionais se encontram em uma linha graduada, em que é possível adotar uma variedade de opções disponíveis conforme a realidade de dado objeto. Este trabalho não visa apontar qual seria este trabalho, visto que demandaria também um longo estudo empírico, mas apenas abrir as portas para que seja adotada uma “posição madura”.

Ademais, Felipe Fonte como apontado anteriormente, defende a importância de uma dimensão externa de argumentação pelos Tribunais. Assim, o Supremo teria reservado seus votos extensos para a comunidade jurídica, enquanto o voto oral seria direcionado para as pessoas comuns, tanto que os ministros utilizariam cada vez mais argumentações

¹⁵⁸ FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016, p. 132.

extrajurídicas. Nesse sentido, afirma o autor que seria possível afirmar que a preocupação atrelada à imagem pessoal, mesmo quando atrelada a razões egoístas, podem ter resultados positivos do ponto de vista democrático, em referência ao desejo individual de aprovação que os Ministros poderiam possuir com a transmissão ao vivo¹⁵⁹. Ocorre que essa afirmação ignora a existência de *tradeoffs*, visto que afirma ser possível que resultem consequências positivas, o que deixa clara a situação de incerteza.

Sendo assim, é preciso um exercício maior do que a mera transparência dos atos do STF para estabelecer sua legitimidade, em especial ao decidir casos difíceis revestidos de polêmica e complexidade. Neste trabalho defende-se que é possível não apenas um desenho institucional que abarque a transparência como também a deliberação buscando as melhores consequências de ambos com base em um constitucionalismo otimizador e de uma transparência seletiva.

Como visto antes, os mecanismos de transparência na Corte, especificamente as sessões transmitidas ao vivo, parecem ter sido estabelecidos com base em uma visão precaucionária de riscos. Em geral, a preocupação pelo uso da transparência surge pelo compreensível, até certo ponto, receio relacionado ao abuso de poder e questões que envolvam *accountability*, enquanto os defensores da deliberação restringem o debate às suas más consequências. Mais que uma crítica a qualquer um dos lados, esse trabalho buscou demonstrar meios de aperfeiçoamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa, parece confirmada a hipótese aventada no presente trabalho, qual seja, a de que a publicidade das sessões do Supremo enquanto emanção do princípio da transparência, embora desejável nos moldes democrático, na extensão atual pode interferir na conduta dos ministros e na existência de deliberação no colegiado. Como exposto, os argumentos tanto a favor quanto opostos ao televisionamento dos julgamentos parecem em alguns momentos se basear principalmente em visões apriorísticas e unilaterais características do constitucionalismo precaucionário, apresentando um certo

¹⁵⁹FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016, p. 149-155.

tipo de obsessão por certas vantagens e desvantagens de determinados modelos, como a questão pedagógica em detrimento de uma perda deliberacional e vice-versa.

O Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição tem a responsabilidade política, social e jurídico-institucional de decidir casos complexos e que reverberam sobre a vida de toda a sociedade. No exercício de seu papel este deve zelar não apenas pela transparência, mas também pela segurança jurídica e construção plural de suas decisões, conforme se espera de uma instituição democrática. Isto porque o encargo de dar a última palavra sobre situações da vida política, social e econômica brasileira constitucionalmente afeto ao STF é a função mais relevante do Supremo, haja vista a manutenção da integridade do sistema político e a estabilidade do ordenamento jurídico.

Após definir deliberação e transparência para os efeitos desse trabalho; identificar como esses valores podem ser maximizados ou minimizados conforme a realidade do sistema que se busca influenciar; analisar a produção acadêmica sobre o assunto e delimitar o “comportamento da corte” foi possível identificar problemas no processo decisório do STF.

A prática de não divulgar as razões de decidir antecipadamente pode ser apontada como grande fator contrário à deliberação, haja vista que a exposição de visões plurais nas sessões antes da decisão em si seria benéfica à deliberação interna realizada pelos ministros, sendo esse inclusive um tipo de transparência de perspectiva interna aos membros do colegiado, afetada pela transparência externa que vem sendo priorizada.

No atual cenário brasileiro de desconfiança, o desgaste político e financeiro que grandes mudanças no desenho institucional do STF acarretaria, tornaria inviável uma reforma extensa. Dessa forma, o uso de mecanismos em pequena escala parece ser uma escolha melhor e menos invasiva ao atual sistema. Assim, reconhecendo-se a existência de riscos, devem ser considerados seus custos e benefícios a fim de que o modelo atual possa ser otimizado. A análise de instrumentos democráticos como aqui foi utilizada parece uma boa forma de se examinar a construção desses desenhos, além da construção de um modelo de transparência seletiva que seja factível.

Este trabalho não visava construir um modelo a ser aplicável ao Supremo Tribunal Federal, mas construir uma argumentação mais realista sobre as possibilidades de *design* institucional, com base em riscos relevantes, valores democráticos e nas individualidades brasileiras, o que parece ter sido atingido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. **Mendes e Lula: Uma Liminar Contra o Plenário do Supremo.** Em: <https://jota.info/colunas/supra/mendes-e-lula-uma-liminar-contr-o-plenario-do-supremo-21032016>. Acesso em: 20 de março de 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista. Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>. Acesso em: 09 de janeiro de 2017.

_____. **O Supremo Tribunal Federal em 2016: O Ano que Custou a Acabar.** Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf>. Acesso em: 09 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 8.977, de 06 de janeiro de 1995. Dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09 jan. 1995. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 agosto 2016.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 01 fev. 1999. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 agosto

2016.

BRASIL. Lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002. Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei no 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20 mai. 2002. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2017. Acesso em: 10 agosto 2016.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 08 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 10 agosto 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. DJ, 31 de agosto de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>. Acesso em: 18 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. DJ, 05 de novembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 18 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da

República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJ, 27 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 18 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTFintegral.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2016. Acesso em: 18 de dezembro de 2016.

EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência** / Lee Epstein, Gary King. São Paulo: Direito GV, 2013. (Coleção acadêmica livre). Título original: The rules of inference. - Vários tradutores.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. **Onze Supremos: Todos Contra o Plenário**. Em: <https://jota.info/especiais/onze-supremos-todos-contr-o-plenario-01022017>. Acesso em: 20 de março de 2017.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Deliberative Institutions**. Em: <http://www.politics.as.nyu.edu/docs/IO/4758/ferejohn.pdf>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2017.

FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. 1 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016.

_____. **O Supremo Tribunal Antes de Depois da TV Justiça: Rumo à Sociedade Aberta de Telespectadores?** Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar uma pesquisa**. 5ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Tradução: Flavio Beno

Siebeneichler. - Bela Vista, SP: Martins Fontes, 2012.

HIRSCHMAN, Albert O. **A Retórica da Intransigência: perversidade, futilidade, ameaça** / Albert O. Hirschman: tradução Tomás Rosa Bueno. — São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

KORNHAUSER, Lewis. **Deciding Together**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas**. 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 12 de outubro 2016.

_____. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 05 de junho de 2016.

PEREIRA, Thomaz. **O Xadrez de Zavascki: Supremo dá um Passo para Afastar Cunha**. Em: <https://jota.info/colunas/supra/o-xadrez-de-zavascki-supremo-da-um-passo-para-afastar-cunha-02032016>. Acesso em: 20 de março de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

POSNER, Erick; VERMEULE, Adrian, **The Executive Unbound**, New York, NY: Oxford University Press, 2011.

RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos. **Governabilidade e Capacidade para Emendar: o Poder Executivo e as Emendas Constitucionais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad9d4d2bc5365e85>.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press.

RIBEIRO, Leandro Molhano, ARGUELHES; Diego Werneck. **Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos Institucionais de Teorias Sobre Comportamento Judicial e Sua Transposição Para o Caso Brasileiro**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/7503>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

ROUANET, Luiz Paulo. **Democracia Deliberativa: Entre Rawls e Habermas**. Em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/9292/6402>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. **De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo09n47.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

_____. **Deciding Without Deliberating**. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

_____. **Um Voto Qualquer? O papel do Ministro Relator na Deliberação do Supremo Tribunal Federal**. Revista Estudos Institucionais, Vol 1, 1, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Precautionary Principle**. Em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Hastie. Garbage in, Garbage Out? Some Micro Sources of Macro Errors. **Journal of Institutional Economics, Forthcoming**. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2180938>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

VOJVODIC ,Adriana de Moraes e outros. **Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF**. Em: Revista Direito GV, São Paulo 5(1), Jan-Jun 2009,

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, 2008.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small**. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.

_____. **Constitution of Risk**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014.

_____. **Optimal Abuse of Power**. Disponível em:
<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=nulr>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.